



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

MORGANA ALBERTON SCHLICKMANN

**A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELOS
DÉBITOS TRABALHISTAS DECORRENTES DA INADIMPLÊNCIA DAS
EMPRESAS CONTRATADAS MEDIANTE PROCESSO LICITATÓRIO**

Tubarão

2011

MORGANA ALBERTON SCHLICKMANN

**A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELOS
DÉBITOS TRABALHISTAS DECORRENTES DA INADIMPLÊNCIA DAS
EMPRESAS CONTRATADAS MEDIANTE PROCESSO LICITATÓRIO**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Linha de pesquisa: Justiça e sociedade

Orientador: Prof. Fábio Borges, Esp.

Tubarão

2011

MORGANA ALBERTON SCHLICKMANN

**A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELOS
DÉBITOS TRABALHISTAS DECORRENTES DA INADIMPLÊNCIA DAS
EMPRESAS CONTRATADAS MEDIANTE PROCESSO LICITATÓRIO**

Esta monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, de junho de 2011.

Prof. e orientador Fábio Borges, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Maurício Daniel Monços Zanotelli, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Wânio Wiggers, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico esta monografia às duas pessoas mais importantes da minha vida: *José Florentino Schlickmann* e *Zulenir Alberton Schlickmann*, que me permitiram chegar até aqui. Dedicaram-me as suas vidas e o seu amor incondicional. A eles devo a pessoa que me tornei e tenho orgulho de chamá-los de pai e mãe.

Dedico esta monografia também à memória de meus avós maternos, *Emília Ascari Alberton* e *Manoel João Alberton*, e de meu avô paterno, *Florentino Schlickmann*, que foram exemplos de vida e determinação, e de quem sinto muitas saudades.

AGRADECIMENTOS

A *Deus*, pela força nos momentos em que tudo parecia não ter solução.

Ao meu irmão, *Everton*, pela paciência e ajuda durante toda a faculdade.

À minha irmã, *Juliana*, sempre incentivadora, por toda a disponibilidade durante a graduação, sempre disposta e pronta para me auxiliar em todas as etapas difíceis, especialmente para a elaboração desta monografia.

Ao meu namorado, *Marcos*, meu refúgio nos momentos difíceis, por todo amor, carinho e companheirismo, e por ter sido em todos os momentos tão compreensivo e incentivador.

Ao meu cunhado, *Rodrigo*, por toda a ajuda e disposição.

Às minhas amigas *Laís, Fernanda, Michele, Karine, Cíntia, Camila, Luciellen*, pelos momentos de alegrias, de frustrações, de apoio e de incentivo compartilhados por esses mais de 5 anos de pura amizade.

Ao mestre *Fábio Borges*, sempre paciente e incentivador, por todo o conhecimento compartilhado.

RESUMO

O presente trabalho buscará demonstrar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos débitos trabalhistas decorrentes da inadimplência das empresas contratadas mediante processo licitatório. Irá apresentar os fundamentos que embasam essa responsabilidade e em quais situações ela deve ser aplicada. Dessa forma, irá conceituar Administração Pública e apresentar sua divisão em Administração conceitual, apontando sua natureza, seus fins, e alguns de seus princípios norteadores. Como se trata de tema relacionado à licitação pública, a respeito dessa serão feitas algumas considerações pertinentes, apresentando-se o seu procedimento, as suas modalidades e os seus tipos. Será realizado, ainda, um estudo acerca do contrato administrativo, conceituando-o, apresentando a sua formação, algumas peculiaridades da sua execução, como as responsabilidades do contratado e da Administração, e a forma como pode se dar a sua extinção. Será verificada, também, a responsabilidade do empregador no Direito do Trabalho com relação às verbas trabalhistas, conceituando-se empregador e verificando a sua responsabilidade em casos de serviços contratados. Este trabalho utilizou-se do método dedutivo, com base em pesquisa bibliográfica de nível exploratório. A responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos débitos trabalhistas das empresas contratadas mediante licitação pública é a medida mais correta a ser tomada, de modo a proteger a parte hipossuficiente da relação, o trabalhador. Quando a Administração Pública age com culpa *in eligendo* ou *in vigilando* na contratação ou na execução do contrato deve ela ser responsabilizada. Esse entendimento é o que atende aos interesses da coletividade, pois a proteção ao patrimônio da Administração Pública não se pode sobrepor aos direitos dos trabalhadores.

Palavras-chave: Administração Pública, licitação pública, terceirização. Direito do Trabalho, prestação de serviços, trabalhadores.

ABSTRACT

This study will demonstrate the liability of the Public Administration of labor debts of the contractors through bidding process. Will present the fundamentals that underpin this responsibility and in which situations it should be applied. Thus, Public Administration will conceptualize and present its conceptual division into administration, highlighting its nature, its purposes, and some of its guiding principles. As the theme is related to public bidding, concerning this are made some relevant considerations by presenting its procedure, its methods and its types. Will be performed also a study of the administrative contract, conceptualizing it, with its training, some peculiarities of its implementation, the responsibilities of the contractor, and how to give as its extinction. Will be checked, too, the liability of employers in labor law with respect to labor dues, conceptualizing it and checking their employer liability in cases of contracted services. This study has used the deductive method, based on a literature of exploratory level. The liability of the Public Administration for the debts of the corporations contracted through public bidding is the most accurate measure to be taken in order to protect the portion of a disadvantage for the employee. When the Public Administration acts with guilt *in eligendo* or *in vigilando* in hiring or in the execution of the contractor it should be held accountable. This understanding is what serves the interests of the society, for protecting the heritage of public administration can not override the rights of workers.

Keywords: Public Administration, public procurement, outsourcing. Labor Law, provide services, workers.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA	9
1.2 JUSTIFICATIVA	10
1.3 OBJETIVOS	13
1.3.1 Objetivo geral	13
1.3.2 Objetivos específicos	13
1.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS	14
1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURAÇÃO DOS CAPÍTULOS	14
2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	16
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	16
2.2 CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	18
2.3 NATUREZA E FINS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	21
2.4 ADMINISTRAÇÃO DIRETA E INDIRETA.....	21
2.5 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	24
2.5.1 Princípio da legalidade	24
2.5.2 Princípio da moralidade	25
2.5.3 Princípio da impessoalidade ou finalidade	26
2.5.4 Princípio da publicidade	27
2.5.5 Princípio da eficiência	27
2.5.6 Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade	28
2.5.7 Princípio da segurança jurídica	29
2.5.8 Princípio da supremacia do interesse público	30
2.5.9 Princípio da especialidade	31
2.5.10 Princípio do controle ou tutela	32
2.5.11 Princípio da igualdade	32
3 LICITAÇÃO PÚBLICA E CONTRATO ADMINISTRATIVO	33
3.1 LICITAÇÃO PÚBLICA	33
3.1.1 Considerações gerais	33
3.1.2 Modalidades de licitação	35
3.1.3 Tipos de licitação	38
3.1.4 Procedimento licitatório	40

3.2 CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	43
3.2.1 Considerações gerais	43
3.2.2 Formalização do contrato administrativo	45
3.2.3 Execução do contrato administrativo. Direitos e obrigações das partes	48
3.2.4 Extinção do contrato administrativo	51
4 RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR NO DIREITO TRABALHISTA	55
4.1 CONCEITO DE EMPREGADOR	55
4.2 RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR	58
4.3 RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR NO CASO DE SERVIÇOS CONTRATADOS	60
5 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELOS DÉBITOS TRABALHISTAS DECORRENTES DA INADIMPLÊNCIA DAS EMPRESAS CONTRATADAS MEDIANTE PROCESSO LICITATÓRIO	64
5.1 PREVISÃO NA LEI Nº 8.666/93	64
5.2 SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO	65
5.3 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16, DO DISTRITO FEDERAL	67
5.4 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA	68
5.5 RESPONSABILIDADE POR FALHA NA ELEIÇÃO E NA VIGILÂNCIA (CULPA <i>IN ELIGENDO</i> E CULPA <i>IN VIGILANDO</i>). RESPONSABILIDADE SUBJETIVA.....	70
5.6 OS BENEFÍCIOS DA CONTRATAÇÃO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	73
5.7 A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA OU A SATISFAÇÃO DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES?.....	74
5.8 IGUALDADE ENTRE EMPREGADO QUE PRESTA SERVIÇO POR MEIO DE EMPRESA CONTRATADA A UM ENTE PRIVADO E EMPREGADO QUE PRESTA SERVIÇO POR MEIO DE UMA EMPRESA CONTRATADA A UM ENTE PÚBLICO....	76
5.9 DA PARTICIPAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO TRÂMITE DO PROCESSO. DA POSSIBILIDADE DE REGRESSO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONTRA O CONTRATADO	77
5.10 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO NÃO SE CONFUNDE COM O INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO	79
6 CONCLUSÃO.....	81
REFERÊNCIAS	83

1 INTRODUÇÃO

Este estudo vai analisar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos débitos trabalhistas decorrentes da inadimplência da empresa contratada mediante processo licitatório.

1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

O tema está delimitado na análise quanto à responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos débitos trabalhistas decorrentes da inadimplência da empresa contratada mediante processo licitatório.

A Administração Pública, para a consecução de seus objetivos institucionais, depende das pessoas que integram seu quadro de pessoal, e também de pessoas físicas ou jurídicas que serão contratadas para suprir dadas necessidades.

O uso de contratados pelo poder público, em especial de pessoas jurídicas, é prática rotineira.

O contrato administrativo possui regras próprias, diversas daquelas válidas para os contratos privados.

Uma delas, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, dispõe, em seu artigo 71, que a empresa contratada pelo Poder Público é responsável pelos encargos trabalhistas resultantes da execução do contrato, e estabeleceu, no parágrafo 1º do mesmo dispositivo, que a inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas não transfere à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento.¹

Havendo a contratação de empresa privada para prestação de serviços ao Estado, haverá duas relações contratuais distintas. A primeira é entre as partes referidas, administração e particular, cujo objeto é a prestação contratada, regida por regras típicas de direito administrativo. Outra é a relação havida entre empresa privada e seus empregados, esta, submetida às normas do Direito do trabalho.

¹ BRASIL. **Lei 8.666, de 21 de junho de 1993**: regulamenta o art. 37, inciso XXI, da constituição federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 3 out. 2010.

No âmbito das relações privadas, os tribunais firmaram entendimento de que, aquele que contrata empresa como tomador dos serviços, responde subsidiariamente pelos débitos trabalhistas eventualmente havidos.

O ponto de encontro entre esses dois regimes se dá por conta de que a Justiça Trabalhista tem estendido essa sistemática de responsabilidade ao Poder Público.

O Tribunal Superior do Trabalho, com a edição da Súmula 331, passou a estabelecer o entendimento de que o tomador de serviços, no caso a Administração Pública, possui responsabilidade subsidiária pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada.²

Este conflito entre a Lei de Licitações³ e a Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho⁴, fez surgir decisões em ambos os sentidos, ou seja, tanto responsabilizando como não responsabilizando a Administração Pública pelos débitos trabalhistas das empresas contratadas.

Assim, o presente estudo visa responder à seguinte questão: a inadimplência dos créditos trabalhistas por parte da empresa contratada gera responsabilidade subsidiária da Administração Pública por tais créditos?

1.2 JUSTIFICATIVA

Grande parte dos serviços públicos ou de serviços para atividades burocráticas são prestados por empresas privadas, contratadas pela Administração Pública, por meio de licitação, a fim de se buscar um serviço de melhor qualidade e eficiência.

Diante disso, editou-se a Lei nº 8.666/93⁵, com a finalidade de tutelar as contratações feitas pelos entes públicos. Essa proteção especial decorre do interesse coletivo que envolve tais contratações.

A existência do Estado se justifica na busca do interesse geral – o qual prevalece sobre o interesse privado, afirmativa esta consolidada no princípio administrativo da supremacia do interesse público – princípio esse que deve ser perseguido não só quando os

² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho: **Diário eletrônico da justiça do trabalho, de 27 de maio de 2011**: súmula 331. Disponível em: <<https://aplicacao.jt.jus.br/dejt/diariocon.pub>>. Acesso em: 30 maio 2011.

³ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Loc. cit.

⁴ BRASIL. Diário eletrônico da justiça do trabalho, de 27 de maio de 2011: súmula 331. Op. cit.

⁵ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Op. cit.

serviços ou atividades públicos sejam prestados diretamente pelo poder público, mas também quando forem delegados aos particulares.⁶

Da mesma forma, as verbas trabalhistas também recebem especial proteção dos poderes Legislativo e Judiciário, sendo consideradas verbas privilegiadas em relação a outras. Aliás, não poderia ser diferente, uma vez que tais verbas constituem fonte de renda e de sustento das famílias, daí serem consideradas, com toda razão, verbas de natureza alimentar.

Assim, o inadimplemento do empregador com relação aos créditos trabalhistas gera inúmeros problemas, tanto sociais como econômicos, razão pela qual necessita de especial proteção do ordenamento jurídico.

Foi com esta preocupação que o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 331 estabelecendo a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, ou seja, da Administração Pública, pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte das empresas contratadas.⁷

Buscou o Tribunal Superior do Trabalho colocar em situação de igualdade o trabalhador que presta serviços por meio de empresa contratada a um ente da Administração Pública e o trabalhador que presta serviços por meio de uma subempreiteira a um empreiteiro principal – este com proteção já assegurada pela Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 455, que prevê que os trabalhadores podem reclamar ao empreiteiro principal pelos inadimplementos das obrigações trabalhistas por parte do subempreiteiro.⁸

Apesar disso, referida súmula, conforme já mencionado, contempla entendimento diametralmente oposto ao artigo 71, parágrafo 1º, da Lei de Licitações⁹, o qual prevê que a Administração Pública não se responsabiliza pela inadimplência da empresa contratada, no que diz respeito aos créditos trabalhistas.

Dessa forma, o presente estudo tem sua relevância fundada na necessidade de se encontrar uma solução, justa e condizente com a realidade contemporânea, para a divergência apontada.

A questão perpassa duas realidades distintas e interfere nas relações de pessoas e do próprio poder público.

Na ótica do empregado, o tema se mostra relevante porque o entendimento que resultar como solução para esta controvérsia interferirá no resguardo de direitos trabalhistas.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 99.

⁷ BRASIL. Diário eletrônico da justiça do trabalho, de 27 de maio de 2011: súmula 331. Loc. cit.

⁸ BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>>. Acesso em: 1º nov. 2010.

⁹ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Loc. cit.

A própria Justiça do Trabalho, e os entendimentos que foram criados, por vezes tem por finalidade dar efetividade ao direito do trabalhador, como forma de garantir os recursos financeiros, devidos pela contraprestação do trabalho, para subsistência própria e de sua família. Por outro lado, o tema também tem sua importância sob o ponto de vista do Poder Público.

A Administração Pública, conforme já mencionado, é regida por regras próprias, que garantem o funcionamento das estruturas administrativas.

Uma dessas regras é a não responsabilização da administração pública por débitos trabalhistas inadimplidos pela empresa contratada.

Além disso, a questão assume controvérsia no plano jurídico, em razão do conflito de duas normas, o que demanda solução sob pena de abalar a segurança jurídica.

A importância desse trabalho decorre, portanto, da necessidade de se estabelecer uma posição segura quanto ao tema, a fim de que tanto os empregados, que vêm seus créditos inadimplidos, como a Administração Pública, que frequentemente contrata serviços de empresas contratadas, tenham garantia jurídica no que diz respeito à responsabilidade ou não da Administração Pública por esses débitos.

Corroborando a importância do tema, identificou-se haver junto ao Supremo Tribunal Federal, a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/DF, cujo objeto era exatamente a análise da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.¹⁰ A ação foi julgada procedente em 24 de novembro de 2010, com declaração, portanto, de constitucionalidade do referido dispositivo.

Evidenciada, portanto, as preocupantes consequências que podem advir da ausência de uma posição pacífica para o problema, o presente trabalho de conclusão de curso buscará expor a melhor solução jurídica para um caso ainda controvertido, de modo a trazer conhecimento para a sociedade, especialmente para as pessoas que se encontrem ou que venham a se encontrar diante da situação mencionada, ou seja, que tenham seu crédito trabalhista inadimplido por uma empresa contratada pela Administração Pública.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade nº 16**. Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=16&processo=16>>. Acesso em: 31 mar. 2011.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo geral

Analisar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos débitos trabalhistas decorrentes da inadimplência das empresas contratadas mediante processo licitatório.

1.3.2 Objetivos específicos

Os objetivos da monografia são:

Conceituar Administração Pública.

Conceituar Administração Direta e Indireta.

Explicitar alguns dos princípios aplicáveis à Administração Pública.

Analisar as regras referentes ao procedimento da Licitação Pública e, com relação aos contratos administrativos decorrentes desse procedimento, a sua formação, execução e extinção.

Identificar a sistemática de responsabilização do contratado pela Administração Pública prevista na Lei 8.666/93.¹¹

Conceituar empregador e identificar os regramentos que disciplinam a sua responsabilidade com relação às verbas trabalhistas no âmbito do Direito do Trabalho, bem como no caso de serviços contratados.

Verificar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos débitos trabalhistas decorrentes da inadimplência de empresas contratadas mediante processo licitatório.

¹¹ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Loc. cit.

1.4 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Para a elaboração do trabalho monográfico, utilizou-se o método científico do tipo dedutivo, pois, partindo de um raciocínio geral para atingir um específico, processo utilizado pelo método dedutivo, o presente estudo analisará a responsabilidade da Administração Pública de um modo geral, para depois analisar o ponto específico do presente estudo, qual seja, a possibilidade de atribuir responsabilidade subsidiária à Administração Pública pelos débitos trabalhistas na contratação dos serviços públicos.

Diante disso, chegou-se ao método que mais se adéqua para o presente trabalho, que é o método dedutivo.

Com relação ao tipo de pesquisa, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, pois a fim de se chegar a uma conclusão acerca da responsabilidade subsidiária ou não da Administração Pública pelos débitos trabalhistas das empresas contratadas, buscar-se-á os fundamentos que embasam referida responsabilidade, ou seja, o que já foi escrito sobre o assunto.

Quanto ao nível, o tipo de pesquisa utilizado será o exploratório, uma vez que se busca, com o presente estudo, uma maior familiaridade com relação à responsabilidade da Administração Pública pelos débitos trabalhistas na contratação de serviços públicos.

1.5 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURAÇÃO DOS CAPÍTULOS

No primeiro capítulo tratou-se da Administração Pública, seu conceito, sua natureza e fins, sua divisão em Administração Direta e Indireta, bem como alguns de seus princípios norteadores.

No segundo capítulo, por sua vez, buscou-se uma análise geral sobre licitação pública, suas modalidades e tipos, bem como o seu procedimento. Analisou-se ainda o contrato administrativo, a sua formalização, algumas obrigações e direitos das partes contratantes, e ainda a sua forma de extinção.

No terceiro capítulo buscou-se identificar a responsabilidade do empregador, no Direito do Trabalho, com relação às verbas trabalhistas, inclusive no caso de serviços contratados.

Por fim, no quarto capítulo foi possível chegar a uma conclusão com relação ao objeto da presente monografia, apresentando-se os fundamentos que embasam a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos débitos trabalhistas decorrentes da inadimplência das empresas contratadas mediante procedimento licitatório.

2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Para compreender o tema desta pesquisa, é necessário passar pela análise de alguns institutos importantes, dentre eles a Administração Pública, seu conceito, sua divisão em administração conceitual, seus princípios norteadores, sua natureza e fins.

No entanto, definir “administração pública” não é uma tarefa tão fácil, uma vez que seu conceito não pode ser traçado apenas sob um aspecto, como se verá adiante.

Antes de conceituar Administração Pública, é preciso trazer outros conceitos, como o de Estado e de Governo, uma vez que estes podem ser confundidos com aquele, sendo necessário diferenciá-los. É o que ensina Meirelles, quando afirma que o estudo da Administração Pública em geral deve partir do conceito de Estado, esclarecendo, ainda, que nesse caso, Estado refere-se ao Estado Soberano ou ao Estado Federal, ou ao Estado em sentido amplo, e não aos Estados-membros.¹

Assim, quanto ao conceito de Estado, Meirelles o apresenta sob vários aspectos, sendo que nos interessa, aqui, aquele apresentado segundo o prisma constitucional, que significa “pessoa jurídica territorial soberana”, e aquele apresentado sob o aspecto político, qual seja “comunidade de homens, fixada sobre um território, com potestade superior de ação, de mando e de coerção.”²

Com relação ao conceito de Governo, tanto Meirelles quanto Di Pietro apontam a necessidade de diferenciá-lo de Administração Pública, pois embora possuam significados distintos, muitas vezes são confundidos e tidos como sinônimos.

Di Pietro traça o significado de Governo sob o **aspecto objetivo e subjetivo**. O **objetivo** diz respeito às três funções estatais, quais sejam, a legislativa, executiva (também chamada pela autora de administração) e judiciária.³

De acordo com Di Pietro, citando a lição trazida por Alessi, dos três poderes estatais emanam atos de produção jurídica. Do **Legislativo** emanam atos de produção jurídica primário, pois mediante a lei, o Estado regula relações. Do **Judiciário**, atos de produção

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 60.

² Ibid., p. 61.

³ ALESSI apud DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 50.

jurídica subsidiária dos atos primários, uma vez que o judiciário só atua mediante provocação da parte interessada. Por fim, do **Executivo** (administrar) provém atos de produção jurídica complementares, em aplicação concreta dos atos de produção jurídica primários e abstratos, atuando como parte das relações a que os atos se referem, e agindo independentemente de provocação para que a vontade contida nas leis sejam cumpridas e alcançados os fins estatais.⁴

Di Pietro, ainda citando Alessi, esclarece que a função de emanar atos de produção jurídica complementares (função do Executivo, conforme visto) não significa apenas administrar para alcançar os interesses coletivos, mas compreende também a **função política** ou de **governo**, que significa:

[...] uma atividade de ordem superior referida à direção suprema e geral do Estado em seu conjunto e em sua unidade, dirigida a determinar os fins da ação do Estado, a assinalar as diretrizes para as outras funções, buscando a unidade da soberania estatal [...].⁵

Este, pois, o conceito de governo sob o aspecto objetivo, que significa uma das funções do Poder Executivo.

Já o aspecto **subjetivo** trazido por Di Pietro diz respeito à distribuição de funções entre os três poderes apresentados, destacando que não existe uma separação absoluta, e sim uma independência, conforme estabelece o artigo 2º, da Constituição Federal, ao afirmar que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”⁶

O que ocorre, com relação às atribuições de cada poder, é uma predominância de funções, sendo que um acaba exercendo algumas funções que são predominantes dos outros.

O que nos interessa, no entanto, é saber a quem cabe a função política (ou de governo).

Como visto, o que ocorre é uma predominância e, nesse caso, do Poder Executivo, na realização das funções políticas. Contudo, como grande parte dessas funções está sujeita à aprovação, prévia ou posterior, do Congresso Nacional, aumenta a participação do Legislativo nas decisões do Governo. Com relação ao Judiciário, não possui grande poder de influência nessas decisões.⁷

⁴ DI PIETRO, 2009, p. 50.

⁵ Ibid., p. 51.

⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 fev. 2010.

⁷ DI PIETRO, op. cit., 2009, p. 53.

Assim, tem-se que a função política ou de governo, que cabe predominantemente ao Poder Executivo, é aquela que estabelece os programas e planos de atuação governamental, ou seja, as políticas públicas.

Ainda sobre o conceito de governo, Meirelles o traz em seu **sentido formal, material e operacional**, da mesma forma que o faz com o conceito de Administração Pública, que será visto adiante.

Em sentido formal, o autor o define como o conjunto de Poderes e órgãos constitucionais. No sentido material, são as funções básicas do Estado. E, por último, em sentido operacional, é a condução política dos negócios públicos.⁸

Meirelles afirma que, embora existam conceitos diversos para “Governo”, há um, tido como constante, que significa a “*expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado e de manutenção da ordem jurídica vigente.*”⁹ (grifo do autor).

Assim, apresentados os conceitos de Estado e Governo, passamos agora ao conceito de Administração Pública.

2.2 CONCEITO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Inicialmente, deve-se trazer a definição de Administração Pública que consta do Decreto Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e disciplina outros temas.

Pois bem, referido Decreto Lei, em seu artigo 4º, define que a Administração Federal compreende a Administração Direta e Indireta:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista.
- d) fundações públicas.¹⁰

⁸ MEIRELLES, 2010, p. 65.

⁹ Ibid., p. 65.

¹⁰ BRASIL. **Decreto lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**: dispõe sobre a organização da administração federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/De10200.htm>>. Acesso em: 20 fev. 2011.

No entanto, a definição de Administração Pública é muito mais complexa do que isso, conforme se verá.

Ademais, é importante ressaltar que alguns autores, a exemplo de Meirelles e Gasparini, distinguem Administração Pública (em maiúsculo) de administração pública (em minúsculo).

Meirelles esclarece que, ao tratar da Administração Pública (em maiúsculo), está se referindo a entidades e órgãos administrativos, enquanto que administração pública (em minúsculo) diz respeito à função ou atividade administrativa.¹¹ Segundo ele, administração pública (em minúsculo) é “a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito federal, estadual ou municipal, segundo os preceitos do Direito e da Moral, visando ao bem comum.”¹²

Gasparini faz a mesma distinção usando os ensinamentos de Meirelles.¹³

Com relação ao conceito de Administração Pública, Di Pietro, Meirelles e Gasparini a definem sob o aspecto formal e material.

Di Pietro leciona que, sob o ponto de vista **formal** (também chamado de subjetivo ou orgânico), Administração Pública compreende os entes (pessoas, órgãos e agentes públicos) incumbidos de exercer a função administrativa. E em sentido **material** (objetivo ou funcional) diz respeito à natureza da atividade exercida pelos referidos entes, ou seja, é a própria função administrativa, que cabe, predominantemente, ao Poder Executivo.¹⁴

No mesmo sentido, leciona Meirelles, ao citar Alessi:

[...] **subjetivamente** a Administração Pública é o conjunto de órgãos e serviços do Estado e **objetivamente** é a expressão do Estado agindo *in concreto* para satisfação de seus fins de conservação, de bem-estar individual dos cidadãos e de progresso social.¹⁵ (grifo nosso).

O mesmo autor ainda esclarece que nesse conceito estão incluídos não apenas os órgãos que pertencem ao Poder Público, mas também as instituições e empresas particulares que colaboram com o Estado nos serviços de utilidade pública ou de interesse coletivo, ou seja, a Administração Centralizada e Descentralizada, que serão estudadas adiante, ao se estabelecer a diferença entre Administração Direta e Indireta.¹⁶

¹¹ MEIRELLES, 2010, p. 60.

¹² Ibid., p. 85.

¹³ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 96.

¹⁴ DI PIETRO, 2009, p. 49.

¹⁵ MEIRELLES, op. cit., p. 85.

¹⁶ Ibid., p. 85.

Gasparini também traz o mesmo entendimento acerca do conceito de Administração Pública sob os critérios formal (subjetivo) e material (objetivo), porém, acrescenta que pelo critério formal é sinônimo de Estado (Administração Pública), e pelo critério material equivale à atividade administrativa (administração pública).¹⁷

Com relação à Administração Pública em sentido **subjetivo**, cabe mencionar que é composta por “todos os órgãos integrantes das pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal)” – Administração Direta –, bem como pelas “pessoas jurídicas com personalidade de direito público ou privado” – Administração Indireta¹⁸, que serão estudadas a seguir.

No mais, Gasparini apresenta, ainda, o critério **negativista ou residual**, que é aquele que define administração pública como toda atividade do Estado que não seja legislativa e judiciária. No entanto, o próprio Autor esclarece que esse critério não é apto para conceituar a expressão.¹⁹

Por outro norte, partindo da ideia de que administrar compreende planejar e executar, Di Pietro apresenta o conceito de Administração Pública em sentido amplo e estrito, dividindo-os em objetivo e subjetivo.

Em **sentido amplo subjetivo**, Administração Pública compreende:

[...] tanto os órgãos **governamentais**, supremos, constitucionais (Governo), aos quais incumbe traçar os planos de ação, dirigir, comandar, como também os **órgãos administrativos**, subordinados, dependentes (Administração Pública, em sentido estrito), aos quais incumbe executar os planos governamentais; [...].²⁰ (grifo da autora).

Em **sentido amplo objetivo**, a Administração Pública abrange a “**função política**, que traça as diretrizes governamentais e a **função administrativa**, que as executa”.²¹ (grifo do autor).

Em **sentido estrito**, por sua vez, a Administração Pública compreende “sob o **aspecto subjetivo**, apenas os órgãos administrativos e, sob o **aspecto objetivo**, apenas a função administrativa, excluídos, no primeiro caso, os órgãos governamentais e, no segundo, a função política.”²² (grifo nosso).

¹⁷ GASPARINI, 2010, p. 97.

¹⁸ DI PIETRO, 2009, p. 57.

¹⁹ GASPARINI, op. cit., p. 97.

²⁰ DI PIETRO, op. cit., p. 49.

²¹ Ibid., p. 49.

²² Ibid., p. 49.

Finalmente, Administração Pública em **sentido operacional**, de acordo com Meirelles, é “o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade.”²³

Vencida a questão conceitual, é possível analisar a natureza e os fins da administração pública.

2.3 NATUREZA E FINS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A natureza da administração pública, como bem leciona Meirelles, “é a de um *múnus público* para quem a exerce, isto é, a de um encargo de defesa, conservação e aprimoramento dos bens, serviços e interesses da coletividade.”²⁴

Assim, o agente público deve agir sempre de acordo com o Direito e a Moral, pois esses expressam a vontade do povo, que é o titular dos interesses administrativos.²⁵

Por sua vez, a expressão “fins” diz respeito aos objetivos, que, nesse caso, é o bem comum de toda coletividade, dos administrados, o interesse público, portanto.

Nesse sentido, Meirelles ensina que interesse público são as “aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por uma parcela expressiva de seus membros” e, por fim, acrescenta que todo ato ou contrato administrativo que for realizado sem interesse público configura desvio de finalidade, o que o torna, dessa forma, um ato ilícito.²⁶

Analisados os fins e a natureza da Administração Pública, passamos para a sua divisão conceitual.

2.4 ADMINISTRAÇÃO DIRETA E INDIRETA

O Decreto Lei nº 200/67, em seu artigo 4º, inciso I, estabelece que fazem parte da Administração Direta os serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.²⁷

²³ MEIRELLES, p. 65.

²⁴ Ibid., p. 86.

²⁵ Ibid., p. 86.

²⁶ Ibid., p. 88.

²⁷ BRASIL. Decreto Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Loc. cit.

O mesmo dispositivo, em seu inciso II, dispõe que compõem a Administração Indireta as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas, e que estas se vinculam ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.

Vejamos:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A **Administração Direta**, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A **Administração Indireta**, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista.
- d) fundações públicas.

Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.²⁸ (grifo nosso).

No entanto, apenas a norma não basta para definir esses termos. Faz-se necessário buscar alguns conceitos e considerações na doutrina.

Meirelles define Administração Indireta da seguinte forma:

[...] é a constituída dos serviços atribuídos a *peçoas jurídicas diversas da União, públicas* (autarquias) ou *privadas* (empresas públicas e sociedades de economia mista), vinculadas a um Ministério, mas administrativa e financeiramente autônomas.²⁹ (grifo do autor).

Com relação à Administração Direta e Indireta no âmbito federal, bem como sob o aspecto funcional ou operacional, Meirelles assim a define:

[...] no **âmbito federal**, a **Administração Direta** é o conjunto dos órgãos integrados na estrutura administrativa da União e a **Administração Indireta** é o conjunto dos entes (personalizados) que, vinculados a um Ministério, prestam serviços públicos ou de interesse público. Sob o **aspecto funcional ou operacional**, **Administração Pública direta** é a efetivada imediatamente pela União, através de seus órgãos próprios, e **indireta** é a realizada mediatamente, por meio dos entes a ela vinculados.³⁰ (grifo nosso).

O autor esclarece, em nota de rodapé, que esses mesmos conceitos são extensivos aos Estados-membros, Municípios, Distrito Federal e Territórios.³¹

Gasparini, por sua vez, trata da Administração Direta como sendo sinônimo de Administração Centralizada, e Administração Indireta como sendo sinônimo de Administração Descentralizada. Nesse sentido, a Administração Centralizada ou Direta é

²⁸ BRASIL. Decreto Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Loc. cit.

²⁹ MEIRELLES, 2010, p. 779.

³⁰ Ibid., p. 79-80.

³¹ Ibid., p. 780.

quando a prestação ou a execução dos serviços públicos ocorre por meio dos órgãos que compõem a Administração Pública, ou seja, o serviço vai da Administração Pública, que o executa e explora, ao administrado, sem passar por interposta pessoa, pois os serviços e a competência para prestá-los estão distribuídos pelos diversos órgãos que compõem a entidade política por eles responsável.³²

Por outro lado, Administração Descentralizada ou Indireta, segundo Gasparini, é aquela em que a atividade administrativa (titularidade e execução) ou a sua mera execução é atribuída a outra entidade, distinta da Administração Pública. Dessa forma, o serviço público é prestado ao administrado por meio de uma interposta pessoa, física ou jurídica, que o executa e explora.³³

A partir dessas explicações, pode-se concluir, portanto, que a Administração é Direta quando a prestação dos serviços públicos se dá diretamente pela Administração Pública, e Administração é Indireta quando esses serviços são prestados indiretamente pela Administração, ou seja, são prestados por uma interposta pessoa.

Importante, agora, definir quais as pessoas que compõem a Administração Direta e Indireta.

Segundo Gasparini “são exemplos de entidades da Administração direta a União, no âmbito federal, cada um dos Estados-membros, no âmbito estadual, e cada um dos Municípios, na esfera municipal, além do Distrito Federal.”³⁴

Já com relação às pessoas que fazem parte da Administração Indireta, Meirelles, com relação à União, afirma serem quatro: autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.³⁵

No entanto, embora o autor mencione apenas a União, essas mesmas pessoas jurídicas podem ser encontradas em âmbito estadual, distrital e municipal.

Dessa forma, definir Administração Direta e Indireta, bem como identificar as pessoas que as integram, é de extrema importância para o presente estudo, pois, no próximo capítulo, quando tratarmos da licitação pública, veremos que ambas possuem o dever de licitar, razão pela qual o presente estudo diz respeito tanto à Administração Direta quanto à Indireta.

³² GASPARINI, 2010, p. 366.

³³ Ibid., p. 366-7.

³⁴ Ibid., p. 366.

³⁵ MEIRELLES, 2010, p. 780.

Assim, apresentada a diferença entre Administração Direta e Indireta, bem como as pessoas que as compõem, passemos ao estudo dos princípios norteadores da Administração Pública.

2.5 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Primeiramente, é preciso evidenciar que os princípios aplicáveis à Administração Pública são muitos. Em razão disso, serão estudados aqui aqueles previstos expressamente na Constituição Federal, quais sejam, Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. Além desses, serão abordados também aqueles predominantes na doutrina e aqueles que de alguma forma dizem respeito ou orientam o tema objeto do presente trabalho.

No mais, deve-se esclarecer que, em síntese, os princípios são regras que, ao lado da equidade, dos costumes e da analogia, servem para solucionar lacunas existentes na lei.

Contudo, é um equívoco pensar que os princípios são aplicados apenas quando não houver lei regulando o caso concreto. Isso porque as leis, tanto no momento da elaboração como no da aplicação, devem sempre estar em conformidade com os princípios, razão pela qual estes devem sempre ser analisados.

2.5.1 Princípio da legalidade

Princípio constitucional (art. 31, *caput*, da CF)³⁶ pelo qual cabe à Administração Pública fazer apenas aquilo que a lei permite.³⁷

Esse mesmo princípio também vigora nas relações entre os particulares, e sua previsão constitucional encontra-se no artigo 5º, II:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;³⁸

³⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Loc. cit.

³⁷ DI PIETRO, 2009, p. 64.

³⁸ BRASIL, op. cit.

No entanto, no Direito Administrativo, sua aplicação tem sentido inverso, ou seja, os particulares podem fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, enquanto que a Administração só pode fazer o que a lei permite.

A esse respeito, Di Pietro ensina que “segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da **autonomia da vontade**, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe.”³⁹ (grifo da autora).

Ao lado do princípio da legalidade, encontra-se o da moralidade, que passamos a expor.

2.5.2 Princípio da moralidade

Segundo esse princípio, o administrador público deve agir de acordo não apenas com a lei, mas também de acordo com a moral, com a ética, distinguindo o honesto do desonesto, sempre buscando o melhor e mais útil para o interesse público.⁴⁰

Meirelles, citando Sobrinho, ensina que a moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito de “bom administrador”, que “é aquele que, usando de sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum.”⁴¹

Assim, não basta apenas cumprir o princípio da legalidade, deve-se também atentar para a moralidade administrativa, que é pressuposto de validade de todo ato administrativo.

Além disso, para agir de acordo com a lei e a moral, o administrador deve agir buscando a finalidade encontrada na lei, que será sempre o interesse público, e não a vontade pessoal do administrador. É o que dispõe o princípio da impessoalidade ou finalidade, que passamos a analisar.

³⁹ DI PIETRO, 2009, p. 64.

⁴⁰ MEIRELLES, 2010, p. 90.

⁴¹ FRANCO SOBRINHO apud MEIRELLES, op. cit., p. 92.

2.5.3 Princípio da impessoalidade ou finalidade

Para alguns doutrinadores, a exemplo de Meirelles, esse princípio possui dois sentidos.

O primeiro diz respeito à finalidade do ato, ou seja, o administrador deve sempre praticar o ato buscando o seu fim legal, que será sempre o interesse público. Por essa razão é que, para Meirelles, esse princípio é também chamado de princípio da finalidade:

O princípio da *impessoalidade*, referido na Constituição de 1988 (art. 37, *caput*), nada mais é que o clássico princípio da *finalidade*, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu *fim legal*. E o *fim legal* é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, *de forma impessoal*.⁴² (grifo do autor).

No segundo sentido, muito bem explicado por Gasparini, citando Silva, significa dizer que dos atos administrativos não podem resultar promoção pessoal dos agentes públicos. Assim, os atos e provimentos administrativos são imputáveis ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário, e não ao funcionário que os pratica.⁴³

Esse segundo sentido encontra-se consubstanciado no artigo 37, §1º, da CF:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 1º - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.⁴⁴

Vale mencionar, por fim, que alguns autores tratam do princípio da impessoalidade e da finalidade isoladamente, como se fossem princípios distintos. Adotamos, aqui, a didática de Meirelles, e entendemos que, em razão do duplo sentido, o princípio pode ser chamado de princípio da finalidade ou da impessoalidade. Inclusive porque um sentido pode, muitas vezes, estar ligado ao outro, já que o administrador deve sempre praticar o ato buscando o interesse público, sem visar a sua promoção pessoal.

⁴² MEIRELLES, 2010, p. 93.

⁴³ GASPARINI, 2010, p. 63

⁴⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Loc. cit.

2.5.4 Princípio da publicidade

Por esse princípio, a Administração Pública deve dar ampla divulgação de todos os seus atos, a fim de que estes passem a ter efeito externo, bem como se tornem de conhecimento público.⁴⁵

Ensina Meirelles que o princípio da publicidade “além de assegurar seus efeitos externos, visa a propiciar seu conhecimento e controle pelos interessados direto e pelo povo em geral, através dos meios constitucionais [...]”⁴⁶

Vale lembrar que a publicação de que trata este princípio é a do órgão oficial da Administração, e não a divulgação pela imprensa particular.

2.5.5 Princípio da eficiência

Princípio constitucional, inserido pela EC nº 19, de 04 de junho de 1998, e também previsto no artigo 2º, caput, da Lei 9.784/99.⁴⁷

Di Pietro, citando Meirelles, define esse princípio como:

o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. [...] exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.⁴⁸

A autora ainda esclarece que esse princípio possui dois aspectos. O primeiro diz respeito ao modo como atua o agente público, ou seja, dele se espera o melhor desempenho possível, para alcançar os melhores resultados. O segundo possui relação com o modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública e também tem como objetivo alcançar os melhores resultados na prestação dos serviços públicos.⁴⁹

⁴⁵ MEIRELLES, 2010, p. 95.

⁴⁶ Ibid., p. 97.

⁴⁷ BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**: regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em: 22 fev. 2011.

⁴⁸ DI PIETRO, 2009, p. 82.

⁴⁹ Ibid., p. 82.

Assim, o dever de eficiência visa exigir do agente público que suas funções sejam desempenhadas com rapidez, perfeição e rendimento funcional, a fim de que os serviços públicos cheguem aos administrados com a devida qualidade.

Para Gasparini, agir com *rapidez, perfeição e rendimento* significa que:

O desempenho deve ser **rápido** e oferecido de forma a satisfazer os interesses dos administrados em particular e da coletividade em geral. Nada justifica qualquer procrastinação.

[...]

As atribuições devem ser executadas com **perfeição**, valendo-se das técnicas e conhecimentos necessários a tornar a execução a melhor possível, evitando sua repetição e reclamos por parte dos administrados. Ademais, a realização cuidadosa das atribuições evita desperdício de tempo e de dinheiro públicos, tão necessários na época atual. Por fim, tais competências devem ser praticadas com **rendimento**, isto é, com resultados positivos para o serviço público e satisfatórios para o interesse da coletividade.⁵⁰ (grifo nosso).

Portanto, esse princípio, ligado aos demais, em especial ao da legalidade, é o que se espera de todo administrador público no cumprimento de suas atribuições.

2.5.6 Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade

Como se sabe, existem determinados atos que advém da discricionariedade da Administração Pública, são os chamados atos discricionários. Em síntese, esses atos são aqueles em que, diante do caso concreto, a Administração tem a possibilidade de apreciá-los segundo critérios de oportunidade e conveniência, e decidir qual melhor atitude a ser tomada, sempre de acordo e nos limites que a lei impõe.⁵¹

Diante disso, surge o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, que impõe limitação a essa discricionariedade administrativa, a fim de que não sejam praticados excessos.

Acerca da aplicação desse princípio, em especial na discricionariedade mencionada, Di Pietro, embasada nas lições de Figueiredo, ensina que:

[...] discricionariedade é a competência-dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, **dentro de um critério de razoabilidade**, e afastado de seus próprios *Standards* ou **ideologias**, portanto, dentro do critério da razoabilidade geral, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma.⁵² (grifo da autora).

⁵⁰ GASPARINI, 2010, p. 76.

⁵¹ DI PIETRO, 2009, p. 212.

⁵² *Ibid.*, p. 79.

É importante frisar que a aplicação desse princípio nos atos discricionários é mais comum. No entanto, ele deve ser aplicado em toda e qualquer atividade administrativa.

Nesse sentido, leciona Meirelles:

Não se nega que, em regra, sua aplicação está mais presente na discricionariedade administrativa, servindo-lhe de instrumento de limitação, ampliando o âmbito de seu controle, especialmente pelo Judiciário ou até mesmo pelos Tribunais de Contas. Todavia, nada obsta à aplicação do princípio no exame de validade de qualquer atividade administrativa.⁵³

Por fim, vale mencionar que esse princípio é previsto expressamente na Lei 9.784/99, em seu artigo 2º, *caput*.⁵⁴ No entanto, a norma separa o princípio da razoabilidade do princípio da proporcionalidade. A respeito, Di Pietro entende que, na verdade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro, pois “o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige **proporcionalidade** entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar.”⁵⁵

2.5.7 Princípio da segurança jurídica

O princípio da segurança jurídica está estreitamente relacionado aos direitos fundamentais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, previstos no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.⁵⁶

Essa relação existe porque esse princípio visa proteger as relações jurídicas já decididas, finalizadas, das novas interpretações, ou seja, esse princípio veda a aplicação retroativa de nova interpretação de lei no âmbito da Administração Pública. Essa foi a intenção do legislador, quando incluiu expressamente esse princípio no artigo 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99.⁵⁷

A respeito disso, vejamos o que ensina Di Pietro:

Como participante da Comissão de juristas que elaborou o anteprojeto de que resultou essa lei, permito-me afirmar que o objetivo da inclusão desse dispositivo foi o de vedar a aplicação retroativa de nova interpretação de lei no âmbito da Administração Pública.⁵⁸

⁵³ MEIRELLES, 2010, p. 95.

⁵⁴ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Loc. cit.

⁵⁵ DI PIETRO, 2009, p. 79.

⁵⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Loc. cit.

⁵⁷ BRASIL. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Op. cit.

⁵⁸ DI PIETRO, op. cit., p. 84.

Vale mencionar, ainda, o esclarecimento de Di Pietro de que não é a interpretação da lei que não pode mudar; o que não pode é essa nova interpretação retroagir a casos já decididos.⁵⁹

No mais, a importância desse princípio no nosso ordenamento jurídico, em especial nas relações que envolvem a Administração Pública, está consubstanciada no entendimento de Meirelles, amparado por Couto e Silva, de que, muitas vezes, esse princípio prevalece inclusive sobre o princípio da legalidade. Vejamos:

[...] em muitas hipóteses o interesse público prevalecente estará precisamente na conservação do ato que nasceu viciado mas que, após, pela omissão do Poder Público em invalidá-lo, por prolongado período de tempo, consolidou nos destinatários a crença firme na legalidade do ato. Alterar esse estado de coisas, sob o pretexto de restabelecer a legalidade, causará mal maior do que preservar o *status quo*. Ou seja, em tais circunstâncias, no cotejo dos dois subprincípios do Estado de Direito, o da legalidade e o da segurança jurídica, este último prevalece sobre o outro, como imposição da justiça material.⁶⁰

De fato, alterar casos já decididos por ter ocorrido nova interpretação na lei é causar insegurança à sociedade, pois as decisões estariam em constantes mudanças, tendo em vista que as leis sempre mudam o sentido de acordo com as novas realidades.

2.5.8 Princípio da supremacia do interesse público

Esse princípio, previsto no artigo 2º, *caput*, e parágrafo único, inciso II, da Lei 9.784/99⁶¹, visa garantir que o interesse público, fim a ser perseguido pela Administração Pública, prevaleça sobre o privado.

É também chamado de princípio da finalidade pública e, de acordo com Di Pietro, “está presente tanto no momento da **elaboração da lei** como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública”, ou seja, o legislador deve elaborar a lei visando que o interesse público predomine sobre o privado, o que deve ser observado posteriormente pelo administrador quando do exercício da atividade administrativa.⁶²

Desse princípio decorre o da indisponibilidade do interesse público, que, de acordo com Di Pietro, citando Mello, significa que os interesses qualificados como próprios

⁵⁹ DI PIETRO, 2009, p. 84.

⁶⁰ MEIRELLES, 2010, p. 100.

⁶¹ BRASIL. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Loc. cit.

⁶² DI PIETRO, op. cit., p. 64.

da coletividade não se encontram à livre disposição, nem mesmo dos órgãos administrativos, ou seja, o administrador não tem disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização, sendo que esta disponibilidade está nas mãos do Estado, em sua manifestação legislativa.⁶³

Por fim, é importante mencionar que, de acordo com Meirelles, esse princípio, por ser inerente à atuação estatal, deve ser observado inclusive quando as atividades ou serviços públicos forem delegados aos particulares.⁶⁴

Portanto, diante de um conflito entre o interesse de um particular e o interesse público, este deve sempre prevalecer, inclusive porque a Administração Pública deve agir buscando o interesse coletivo.

2.5.9 Princípio da especialidade

Esse princípio está intimamente ligado com a idéia de descentralização administrativa, uma vez que quando a Administração Pública cria pessoas jurídicas para a prestação de um serviço público, ela o faz para que esse serviço seja prestado com maior eficiência, o que irá decorrer, dentre outras coisas, da especialidade que detém aquela entidade para prestá-lo.

Nesse sentido, é o que entende Di Pietro:

Quando o Estado cria pessoas jurídicas públicas administrativas – as autarquias – como forma de descentralizar a prestação de serviços públicos, com vistas à especialização de função, a lei que cria a entidade estabelece com precisão as finalidades que lhe incumbe atender, de tal modo que não cabe aos seus administradores afastar-se dos objetivos definidos na lei;

[...]

Embora esse princípio seja normalmente referido às **autarquias**, não há razão para negar sua aplicação quanto às demais pessoas jurídicas, instituídas por lei, para integrarem a Administração Pública Indireta.⁶⁵ (grifo da autora).

Portanto, na busca por eficiência na prestação dos seus serviços, a Administração Pública cria pessoas jurídicas com maior especialidade para prestá-los.

Ao criar essas pessoas jurídicas, a Administração Pública deve garantir que os serviços estejam sendo prestados adequadamente. É o que dispõe o princípio do controle ou tutela, que passamos a explicar.

⁶³ DI PIETRO, 2009, p. 66.

⁶⁴ MEIRELLES, 2010, p. 105.

⁶⁵ DI PIETRO, op. cit., p. 68.

2.5.10 Princípio do controle ou tutela

De acordo com esse princípio, cabe à Administração Pública Direta fiscalizar as atividades dos entes da Administração Pública Indireta, a fim de que estes observem as suas finalidades institucionais. Assim, esse princípio impõe que as entidades da Administração Indireta observem o princípio da especialidade.⁶⁶

Portanto, a Administração Pública Direta deve fiscalizar a execução dos serviços prestados pela Administração Indireta, para garantir que sua prestação esteja sendo feita de forma adequada e eficiente.

2.5.11 Princípio da igualdade

O artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.⁶⁷

Diante disso, o princípio da igualdade, aplicável à Administração Pública, determina que todos os iguais em face da lei, também o são perante a Administração, devendo, portanto, receber o mesmo tratamento.⁶⁸

Gasparini esclarece que o objetivo desse princípio é evitar privilégios e que é aplicável tanto às pessoas físicas, como às pessoas jurídicas, de direito público ou privado.⁶⁹

Após tecer esta análise acerca de Administração Pública, é possível avançar para a segunda parte da pesquisa.

⁶⁶ DI PIETRO, 2009, p. 69.

⁶⁷ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Loc. cit.

⁶⁸ GASPARINI, 2010, p. 75.

⁶⁹ Ibid., p. 75.

3 LICITAÇÃO PÚBLICA E CONTRATO ADMINISTRATIVO

O presente trabalho trata da responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos débitos trabalhistas decorrentes da inadimplência da empresa contratada por meio de processo licitatório.

Assim, traremos alguns pontos a fim de esclarecer o leitor acerca da licitação pública, conceituando-a, apresentando as suas modalidades e os seus tipos, bem como, de forma sucinta, o seu procedimento.

Após o procedimento licitatório, as partes celebram o contrato administrativo, razão pela qual também serão abordados os pontos tidos como relevantes sobre o tema.

3.1 LICITAÇÃO PÚBLICA

3.1.1 Considerações gerais

Conforme já mencionado quando se tratou da Administração Direta e Indireta, existem casos em que a prestação dos serviços públicos ou de utilidade pública é feita indiretamente, por meio de pessoas físicas ou jurídicas, cuja criação é feita ou autorizada por lei. São as autarquias, as fundações públicas, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, que integram a Administração Indireta.

Ainda, a prestação desses serviços pode ser feita por pessoas privadas, cuja contratação é feita por meio de licitação pública, para a prestação de um serviço ou uma obra, por exemplo.

No entanto, cumpre esclarecer que a licitação deve ocorrer não apenas quando os serviços públicos serão transferidos. As obras, compras e alienações também serão realizadas por meio desse procedimento.

O procedimento licitatório é regra para a Administração Pública, ressalvados os casos especificados na legislação, conforme estabelece o artigo 37, XXI, da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.¹

Importante esclarecer que as sociedades de economia mista, empresas públicas e outras entidades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público ficam sujeitas às normas gerais da Lei 8.666/93, ainda que possam ter regulamento próprio, conforme impõe o artigo 119, da referida Lei:

Art. 119. As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei.²

Dessa forma, tem-se que não apenas a Administração Direta, mas também a Administração Indireta tem o dever de licitar.

Sobre o conceito de licitação, a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, em seu artigo 3º, definiu-a da seguinte forma:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.³

A esse respeito, Meirelles, citando Grau, ensina que a licitação “é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse.”⁴

Dessa forma, tem-se que a licitação, em síntese, visa garantir que todos aqueles que possuem interesse em contratar com a Administração Pública sejam tratados da mesma

¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 14 mar. 2011.

² BRASIL. **Lei 8.666, de 21 de junho de 1993**: regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 21 mar. 2011.

³ Ibid.

⁴ GRAU apud MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 281.

forma, com os mesmos direitos e garantias, para que ao final seja selecionada a proposta mais vantajosa para a Administração.

Assim, a licitação possui dupla finalidade: obtenção, a partir de um universo delimitado de proponentes, do contrato mais vantajoso e resguardo dos direitos de possíveis contratados, inclusive de participar em condições iguais de competição.

Além disso, a Administração Pública deve assegurar, por meio da licitação, a idoneidade dos futuros contratados, razão pela qual, na fase de habilitação, que a seguir será abordada, existe uma série de requisitos que os licitantes devem preencher para participar do certame.

Com relação ao objeto da licitação, será a obra, o serviço, a compra, a alienação, a concessão, a permissão e a locação.⁵

Por fim, a Lei 8.666/93 estabeleceu casos em que a Administração pode ou deve deixar de realizá-la, tornando-a dispensada, dispensável ou inexigível.

A **inexigibilidade de licitação** está prevista no artigo 25, da Lei de Licitações⁶ e, de acordo com Araújo, ocorre “quando **não há** possibilidade de competição, uma vez que só haverá **um objeto** ou **uma pessoa** que atenderá ao que, justificadamente, a Administração deseja contratar, inviabilizando o certame.”⁷

A **licitação dispensável** é aquela em que cabe à Administração Pública decidir pela dispensa ou não da licitação. Dessa forma, de acordo com Araújo, há possibilidade de competição entre os licitantes, mas sua realização é faculdade da Administração.⁸

Por fim, a **licitação dispensada** é aquela em que a lei prevê a sua dispensa, ou seja, há uma determinação legal prevendo a não ocorrência do certame.⁹

Feitas essas considerações, passamos para as modalidades de licitação.

3.1.2 Modalidades de licitação

De acordo com a Lei de Licitações, em seu artigo 22, são modalidades de licitação a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão.¹⁰

⁵ MEIRELLES, 2010, p. 287.

⁶ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Loc. cit.

⁷ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 531.

⁸ SERVÍDIO apud ARAÚJO, 2009, p. 531.

⁹ MEIRELLES, op. cit., p. 290.

¹⁰ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Op. cit.

Com relação à **concorrência**, o mesmo dispositivo legal, em seu §1º, define como “a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.”¹¹

Dessa forma, Meirelles assim explica concorrência:

[...] A modalidade de licitação própria para contratos de grande valor, em que se admite a participação de quaisquer interessados, cadastrados ou não, que satisfaçam as condições do edital, convocados com a antecedência mínima prevista na lei, com ampla publicidade pelo órgão oficial e pela imprensa particular.¹²

Conforme se vê, a concorrência é a modalidade de licitação utilizada para contratos de grande valor, em que se permite a participação de qualquer interessado. Além disso, a ampla publicidade deve ser observada.

Por outro lado, a **tomada de preços** é assim definida pela Lei de Licitações, em seu artigo 22, §2º:

§ 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.¹³

De acordo com Gasparini, a tomada de preços é indicada para contratos de vulto médio, e deve ser realizada entre interessados previamente cadastrados. O cadastramento pode ocorrer antes do início do certame, ou até o terceiro dia anterior ao recebimento das propostas.¹⁴

Portanto, diferente da concorrência, a tomada de preços não admite a participação de qualquer interessado, mas somente daqueles que estiverem previamente cadastrados, e o cadastro pode ser anterior ao procedimento, ou simplesmente anterior, em no mínimo três dias, ao recebimento das propostas.

Já a modalidade de licitação denominada **convite** possui o seguinte conceito, de acordo com a Lei, em seu artigo 22, §3º:

[...] § 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente

¹¹ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Loc. cit.

¹² MEIRELLES, 2010, p. 327.

¹³ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Op. cit.

¹⁴ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 569.

especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.¹⁵

Assim, o convite é indicado para contratos de pequeno valor, e sua publicidade inicial é mitigada, pois os participantes são escolhidos diretamente pela Administração, que deve observar o número mínimo de três potenciais fornecedores. Esses escolhidos podem ou não estarem cadastrados.

Além disso, permiti-se a participação dos demais interessados que não foram convidados, mas que estiverem cadastrados e manifestarem sua vontade em até 24 horas antes da apresentação das propostas.¹⁶

As três modalidades de licitação acima mencionadas estão relacionadas com o valor do contrato. Nesse sentido, o artigo 23, em seus incisos I e II, apresenta o que são pequeno, médio e grande valor, e define a modalidade de licitação cabível de acordo com o valor estimado da futura contratação, observando os parâmetros previstos na lei, os quais são reproduzidos abaixo:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia:

a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);

b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);

c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).¹⁷

Por outro lado, com relação ao **concurso**, é assim definido pela Lei, no seu art. 22, §4º:

[...]

§ 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.¹⁸

Nos dizeres de Meirelles, concurso destina-se à escolha de trabalho técnico ou artístico, predominantemente de criação intelectual, e normalmente há atribuição de prêmio aos classificados, embora a lei admita também a oferta de remuneração.¹⁹

¹⁵ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Loc. cit.

¹⁶ GASPARINI, 2009, p. 572.

¹⁷ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Op. cit.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ MEIRELLES, 2010, p. 335.

Por fim, ainda de acordo com a Lei de Licitações, em seu art. 22, §5º, a modalidade denominada **leilão** possui o seguinte conceito:

§ 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.²⁰

Conforme ensina Meirelles, leilão, em síntese, é a modalidade de licitação utilizada para venda de bens móveis e semoventes e, em casos especiais, de imóveis.²¹ Com relação aos imóveis, portanto, são aqueles casos previstos no artigo 19, da Lei de Licitações.²²

Além dessas, a Lei 10.520, de 17 de julho de 2002, introduziu uma nova modalidade de licitação, o **pregão**, que, nos termos do artigo 1º, da referida lei, poderá ser utilizado para a aquisição de bens e serviços comuns.²³

Dessa forma, com relação ao pregão, Di Pietro leciona que é utilizado para aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor, e a disputa entre os licitantes é feita por meio de propostas e lances em sessão pública.²⁴

Por definição legal, bem e serviço comum são aqueles “cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”, conforme se depreende do parágrafo único, do artigo 1º, da Lei.²⁵

Apresentadas as modalidades de licitação, passamos agora ao estudo sucinto dos seus tipos.

3.1.3 Tipos de licitação

O artigo 45, *caput*, da Lei de Licitações, determina que o julgamento das propostas, além de ser objetivo, deve ser feito em conformidade com os tipos de licitação. Nesse sentido, o mesmo dispositivo legal, em seu §1º, define quais são esses tipos:

²⁰ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.

²¹ MEIRELLES, 2010, p. 336.

²² Art. 19. Os bens imóveis da Administração Pública, cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, poderão ser alienados por ato da autoridade competente, observadas as seguintes regras: I - avaliação dos bens alienáveis; II - comprovação da necessidade ou utilidade da alienação; III - adoção do procedimento licitatório, sob a modalidade de concorrência ou leilão.

²³ BRASIL. **Lei 10.520, de 17 de junho de 2002**: institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10520.htm>>. Acesso em: 21 mar. 2011.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 386.

²⁵ BRASIL. Lei 10.520, de 17 de junho de 2002. Op. cit.

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço.

IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.²⁶

Dessa forma, os tipos de licitação são a de menor preço, a de melhor técnica, a de técnica e preço e a de maior lance ou oferta, que devem ser observados no julgamento das propostas e previstos no edital.

A licitação do tipo **menor preço** é aquela em que a proposta com o menor preço será a vencedora, e nenhum outro fator pode ser levado em consideração.

A **melhor técnica**, de acordo com Gasparini, é aquela em que o fator determinante do julgamento das propostas será a melhor tecnologia adotada pelo proponente. Assim, aquele que possuir a melhor técnica, será o vencedor, observado os recursos financeiros da Administração, uma vez que esta não pode pagar mais do que o valor ofertado inicialmente.²⁷

Por outro lado, de acordo com Gasparini, a de **melhor técnica e preço**, em síntese, é aquele em que, primeiro, seleciona-se as propostas segundo a melhor técnica, e depois, segundo os valores ofertados por aqueles classificados tecnicamente. Após, faz-se uma média daqueles classificados segundo o preço ofertado. O vencedor será aquele que obtiver a maior ou menor média, conforme estabelecer o ato convocatório.²⁸

Por fim, com relação ao tipo **maior lance ou oferta**, é aquela em que o vencedor será o proponente que fizer a maior oferta.

Esclarecido acerca dos tipos de licitação, é possível explicar, de forma breve, como ocorre o procedimento licitatório.

²⁶ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Loc. cit.

²⁷ GASPARINI, 2009, p. 619.

²⁸ Ibid., p. 620.

3.1.4 Procedimento licitatório

O procedimento da licitação inicia-se pela fase interna, que ocorre na repartição interessada, e que se constitui pela abertura do processo em que a autoridade competente determina a sua realização, define o objeto e indica os recursos hábeis para a despesa.²⁹

À fase interna segue a fase externa, que é uma sequência dos seguintes atos: audiência pública, edital ou convite de convocação dos interessados, recebimento da documentação e propostas, habilitação dos licitantes, julgamento das propostas, adjudicação e homologação.

Com relação à **audiência pública**, a Lei 8.666/1993, em seu artigo 39, assim impõe:

Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.³⁰

Portanto, não são todos os casos em que a audiência pública será obrigatória, mas apenas na hipótese elencada pelo artigo supracitado.

Meirelles, com relação à audiência pública, explica que tem como objetivo, dentre outros, divulgar a licitação e tornar mais clara para a população interessada a conveniência da obra ou do serviço.³¹

Após a fase da audiência pública, tendo esta ocorrido ou não, seguem-se as demais fases.

Quanto ao **edital**, a previsão de seu conteúdo está no artigo 40, da Lei de Licitações³²:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:
[...].³³

²⁹ MEIRELLES, 2010, p. 299.

³⁰ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Loc. cit.

³¹ MEIRELLES, op. cit., p. 300.

³² O dispositivo é de grande extensão e elenca os requisitos do edital de licitação, cuja análise não é o objetivo deste trabalho.

³³ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Op. cit.

Ademais, no que diz respeito ao edital, Meirelles leciona que:

[...] é o instrumento pelo qual a Administração leva ao conhecimento público a abertura de licitação, fixa as condições de sua realização e convoca os interessados para a apresentação de suas propostas. Como lei interna da licitação, vincula inteiramente a Administração e os proponentes (art. 41). [...] A divulgação do edital é obrigatória pela imprensa oficial e particular.³⁴

Portanto, é por meio do edital que a Administração Pública divulgará a licitação pública, razão pela qual é exigida sua publicação na imprensa oficial e particular.

O **convite**, por sua vez, é o edital utilizado na modalidade de licitação denominada convite. É uma forma simplificada de edital, e é dispensada, por lei, a publicidade deste, pois é enviado diretamente aos possíveis proponentes, escolhidos pela própria repartição interessada.³⁵

Assim, publicado o edital ou enviada a carta-convite, conforme o caso, passam-se às fases seguintes, conforme previsto no artigo 43, da Lei de Licitações, e que passamos a expor.

A própria lei, de forma didática, apresentou as fases do processo licitatório, ao elencar qual a sequência de atos que devem ser praticados pela Administração, como descrito no art. 43.

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação;

II - devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação;

III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;

VI - deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.³⁶

Após o recebimento da documentação e propostas dos licitantes, ocorre a fase de **habilitação**, cuja disciplina está nos artigos. 27 a 33, da Lei.³⁷

³⁴ MEIRELLES, 2010, p. 301.

³⁵ Ibid., p. 306.

³⁶ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Loc. cit.

³⁷ Ibid.

Nos dispositivos em questão, o legislador entendeu por fixar quais exigências devem ser cumpridas pelos licitantes como forma de demonstrar que possuem condições de entregar o objeto que se pretende adquirir.

Nesta fase, em que se verifica a habilitação dos licitantes, procede-se ao recebimento e abertura dos envelopes que contêm a documentação, com posterior exame da regularidade formal dos documentos de habilitação.³⁸

Ocorre, portanto, apenas a análise acerca do cumprimento, pelos licitantes, dos requisitos mínimos previamente previstos. Logo, não há ainda análise das propostas, as quais serão analisadas na próxima fase, e somente com relação aqueles licitantes que cumpriram as exigências para habilitação.

Havendo a análise quanto à regularidade dos documentos de habilitação, a Comissão de Licitação formaliza decisão, em que declara formalmente quais licitantes estão habilitados ou inabilitados, possibilitando insurgência por parte de qualquer um deles, por meio de recurso administrativo, fundado no art. 109, inciso, I, “a”, da Lei.³⁹

Decididos os recursos, ou inexistindo estes, passa-se à fase de **juízo das propostas**, a qual, nos dizeres de Meirelles:

[...] é o ato pelo qual se confrontam as ofertas, classificam-se as propostas e escolhe-se o vencedor a que deverá ser adjudicado o objeto da licitação. O julgamento regular das propostas gera para o vencedor o direito subjetivo à adjudicação e o coloca em condições de firmar o contrato com a Administração.⁴⁰

Neste momento do procedimento, ocorre o exame das propostas ofertadas pelos habilitados, a fim de classificar a proposta mais vantajosa para a Administração, nos termos do tipo de licitação adotado.

Após o julgamento das propostas, ocorre a fase de **homologação e adjudicação**.

A homologação, conforme explica Mello, é o ato pelo qual a autoridade competente, estranha à comissão julgadora, analisa todos os atos pertinentes ao desenvolvimento licitatório e, se estiverem de acordo com as exigências previstas em lei, homologa-o.⁴¹

A homologação, é importante mencionar, diz respeito a todo procedimento da licitação, de modo que a autoridade superior reconhece a correção integral de todos os atos praticados.

³⁸ MEIRELLES, 2010, p. 306.

³⁹ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Loc. cit.

⁴⁰ MEIRELLES, op. cit., p. 315.

⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 606.

Dessa forma, após a homologação, ocorre a adjudicação, que é o ato pelo qual se confere ao vencedor o objeto da licitação para a subsequente efetivação do contrato.⁴²

Por fim, vale mencionar que a autoridade competente para a homologação e adjudicação é aquela hierarquicamente superior à Comissão de Julgamento, que determinou a abertura da licitação, ou qualquer outra indicada no edital, no regulamento ou na lei.⁴³

Terminado o estudo da licitação, passamos agora para o estudo do contrato administrativo, que, como veremos, é consequência da licitação.

3.2 CONTRATO ADMINISTRATIVO

3.2.1 Considerações gerais

Contrato, no dizer de Meirelles, significa:

[...] todo acordo de vontades, firmado livremente pelas partes, para criar obrigações e direitos recíprocos. Em princípio, todo contrato é negócio jurídico bilateral e comutativo, isto é, realizado entre pessoas que se obrigam a prestações mútuas e equivalentes em encargos e vantagens.⁴⁴

Com relação aos contratos administrativos, por sua vez, devem eles ser precedidos de licitação, dispensada esta somente nos casos expressamente previstos em lei, conforme leciona Meirelles.⁴⁵

Por isso, conforme já se afirmou, o contrato administrativo é consequência da licitação, pois, efetuado todo o procedimento pertinente à licitação, a fase final é a homologação do certame (inclusive do julgamento), com a posterior adjudicação do seu objeto, para depois se efetivar o contrato.

Além disso, é importante mencionar que a Administração realiza dois tipos de contratos, que são espécies do gênero contratos da Administração: os contratos de Direito Privado e os contratos administrativos propriamente ditos.

Di Pietro traz a seguinte diferenciação sobre os dois tipos de contratos:

Costuma-se dizer que, nos contratos de direito privado, a Administração se nivela ao particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da **horizontalidade** e que,

⁴² MEIRELLES, 2010, p. 322-3.

⁴³ Ibid., p. 322.

⁴⁴ Ibid., p. 214.

⁴⁵ Ibid., p. 216.

nos contratos administrativos, a Administração age como poder público, com todo o seu poder de império sobre o particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da **verticalidade**.⁴⁶ (grifo da autora).

No entanto, o que nos interessa é o estudo dos contratos administrativos propriamente ditos, que são aqueles que a Administração, nessa qualidade, celebra com o particular utilizando-se de suas prerrogativas, ao invés de se colocar lado a lado com o contratado, conforme se verá.

Mello apresenta o seguinte conceito para contrato administrativo:

[...] é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.⁴⁷

Por sua vez, Di Pietro define contrato administrativo como “os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público.”⁴⁸

Além disso, todo contrato administrativo tem como principal característica, que o tipifica e o diferencia dos contratos privados, a supremacia do poder Público, ou seja, da Administração. Dessa supremacia decorrem prerrogativas contratuais para a Administração Pública, denominadas cláusulas exorbitantes.

Cláusulas exorbitantes, de acordo com Meirelles, não estão previstas no Direito Comum, e são aquelas que concedem uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado.⁴⁹

Há diversas cláusulas exorbitantes apresentadas pela doutrina. Contudo, cuidamos de tratar apenas daquelas apontadas pela Lei.

Nesse sentido, a Lei de Licitações, em seu artigo 58, concede à Administração Pública o direito de modificar ou rescindir unilateralmente o contrato, de fiscalizar a sua execução, de aplicar sanções em caso de inexecução contratual, de ocupar, provisoriamente, os bens do contratado, e utilizar do seu pessoal e dos seus serviços, a fim de dar continuidade aos serviços públicos essenciais.⁵⁰

A **alteração e a rescisão unilaterais** ocorrem devido à variação do interesse público, ou seja, nos casos extremos, em que sua execução se torna inútil ou prejudicial à

⁴⁶ DI PIETRO, 2009, p. 251.

⁴⁷ MELLO, 2010, p. 620-1.

⁴⁸ DI PIETRO, op. cit., p. 251.

⁴⁹ MEIRELLES, 2010, p. 217.

⁵⁰ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Loc. cit.

comunidade, podendo o contrato ser modificado ou rescindido. Ainda, a rescisão e a alteração unilaterais podem ser feitas ainda que não previstas expressamente em lei ou no contrato.⁵¹

Com relação à rescisão unilateral, no entanto, será melhor explicada quando tratarmos da extinção do contrato.

Por outro lado, no que diz respeito à **fiscalização da execução do contrato**, constitui um dos poderes inerentes à Administração Pública a possibilidade de supervisionar, acompanhar e fiscalizar a execução dos seus contratos, o que dispensa cláusula expressa, pois se considera implícito em todo contrato celebrado com a Administração.⁵²

A possibilidade de **ocupação provisória**, por sua vez, tem como objetivo assegurar a continuidade do serviço público e pode ocorrer sempre que a sua paralisação possa ocasionar prejuízo ao interesse público ou ao andamento de serviços essenciais à coletividade.⁵³

Por fim, a **aplicação de penalidades contratuais** é a possibilidade de a Administração, ao contratar, reservar-se da faculdade de aplicar as penalidades contratuais e legais, independentemente de intervenção do Poder Judiciário ou de previsão expressa no contrato.⁵⁴

Feitas essas considerações, é possível agora explicar, de forma sucinta, a forma como se formaliza o contrato administrativo.

3.2.2 Formalização do contrato administrativo

A formalização do contrato administrativo diz respeito às formalidades e peculiaridades que devem ser observadas quando da sua realização, e estão disciplinadas na Lei 8.666/93 em seus artigos 60 a 64⁵⁵, que passaremos a expor, resumidamente.

Com relação ao instrumento (documento) do contrato administrativo é, em regra, o termo de contrato, que, de acordo com o artigo 62, da Lei de Licitações, é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação. Além

⁵¹ MEIRELLES, 2010, p. 218.

⁵² Ibid., p. 221.

⁵³ DI PIETRO, 2009, p. 274.

⁵⁴ MEIRELLES, op. cit., p. 222.

⁵⁵ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Loc. cit.

disso, o mesmo dispositivo legal, bem como o seu parágrafo 4º, prevê a dispensa ou a substituição do termo de contrato por outros documentos hábeis.

Vejamos:

Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

[...]

§ 4º É dispensável o 'termo de contrato' e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.⁵⁶

Com relação ao local de formalização, o artigo 60, da Lei de Licitações, dispõe que os contratos, assim como suas alterações (aditamentos), serão lavrados, em regra, na própria repartição interessada⁵⁷, a fim de possibilitar a fiscalização do cumprimento das formalidades legais⁵⁸ e propiciar o direito de impugnação, além de impedir o sigilo indevido da contratação.⁵⁹

No que diz respeito à possibilidade de contrato verbal, tem-se, de acordo com o artigo 60, parágrafo único, da Lei 8.666/93, que constitui exceção, só se admitindo na hipótese ali prevista:

[...]

Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento.⁶⁰

Além disso, a ausência de contrato escrito, a falta de requisitos essenciais e outros defeitos de forma podem viciar o contrato, tornando-o nulo, assim como pode ocorrer com os contratos omissos em pontos fundamentais, ou firmado sem licitação, quando exigida, ou quando resultante de licitação irregular ou fraudada em seu julgamento, conforme ensina Meirelles.⁶¹

Dessa forma, o contrato administrativo é muito mais formal que o contrato privado, isso em razão do interesse público que abrange.

⁵⁶ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Loc. cit.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ JUSTEN FILHO apud ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 671.

⁵⁹ Ibid., p. 671.

⁶⁰ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Loc. cit.

⁶¹ MEIRELLES, 2010, p. 224-5.

Ademais, existem outros requisitos que são indispensáveis para a formalização do contrato, como a indicação do nome das partes e/ou seus representantes, a finalidade do contrato, a identificação do procedimento, o ato que autorizou a contratação ou sua dispensa ou sua inexigibilidade, a sujeição das partes à Lei 8.666/93 e às cláusulas contratuais, além da sua publicação na imprensa oficial, conforme dispõe o artigo 61, *caput*, e parágrafo único, da Lei de Licitações.⁶²

Além disso, o contrato deve observar a sua vinculação ao edital, conforme leciona Araújo.⁶³

No que tange ao conteúdo, é a vontade das partes contratantes, além de outros elementos, como o edital, o projeto com suas especificações, disposições de lei, regulamentos, normas técnicas.⁶⁴

Vejamos o que ensina Meirelles “[...] é a vontade das partes expressa no momento de sua formalização. Daí a necessidade de cláusulas que fixem com fidelidade o objeto do ajuste e definam com precisão os direitos, obrigações, encargos e responsabilidades dos contratantes [...]”.⁶⁵

Além disso, existem cláusulas que, em razão da sua essencialidade, devem constar expressamente do contrato. São as chamadas cláusulas essenciais ou necessárias, que fixam o objeto do contrato e estabelecem as condições fundamentais para a sua execução⁶⁶, e estão previstas no artigo 55, I a XIII, da Lei de Licitações.⁶⁷

Além dessas, existem as chamadas cláusulas acessórias e secundárias, bem como as cláusulas implícitas.

As cláusulas acessórias ou secundárias apenas complementam e esclarecem a vontade das partes, e, por sua irrelevância, não afetam o conteúdo do contrato, razão pela qual podem ser omitidas.⁶⁸

Por sua vez, as cláusulas implícitas são aquelas que se consideram existentes mesmo que não escritas, isso porque são da própria natureza dos ajustes públicos. Como exemplo, temos a que permite a rescisão unilateral por interesse público, com a consequente indenização.⁶⁹

⁶² BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Loc. cit.

⁶³ ARAÚJO, 2009, p. 671.

⁶⁴ MEIRELLES, 2010, p. 226.

⁶⁵ Ibid., p. 226.

⁶⁶ Ibid., p. 226.

⁶⁷ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Op.cit.

⁶⁸ MEIRELLES, op. cit., p. 226.

⁶⁹ Ibid., p. 227.

No mais, formalizado o instrumento do contrato, a Administração convocará o licitante vencedor para assiná-lo ou retirá-lo, dentro do prazo estabelecido. Não comparecendo o vencedor, faculta-se à Administração Pública a convocação dos licitantes remanescentes. É o que dispõe a Lei de Licitações, em seu artigo 64, *caput*, e §2º.⁷⁰

Por fim, para a formalização do contrato, o licitante vencedor deverá providenciar a prestação de garantia, quando essa for exigida no instrumento convocatório (edital). A escolha da modalidade de garantia cabe ao licitante, dentre aquelas previstas na Lei, não cabendo à Administração impor qualquer delas, conforme previsto no artigo 56, *caput*, e parágrafo 1º, da Lei de Licitações.⁷¹

Finalizada a formação do contrato, cabe às partes iniciar o seu cumprimento, ou seja, a sua execução, conforme se verá.

3.2.3 Execução do contrato administrativo. Direitos e obrigações das partes

De acordo com Meirelles, executar o contrato é cumprir suas cláusulas na forma em que foram convencionadas pelas partes no momento da sua celebração. Além disso, esclarece o autor que a execução não se restringe à realização do objeto, mas também à perfeição técnica dos trabalhos, aos prazos contratuais, às condições de pagamento e a tudo que foi estabelecido no ajuste ou constar das normas legais como encargos de qualquer das partes.⁷²

Acerca da execução contratual, a Lei de Licitações a disciplinou em seus artigos 66 e seguintes⁷³, estabelecendo direitos e obrigações para as partes, que devem ser observadas fielmente.

Inicialmente, tem-se como principal direito da Administração a possibilidade de exercer as suas prerrogativas diretamente, ou seja, sem intervenção do Poder Judiciário.⁷⁴ Essas prerrogativas, conforme já mencionado, decorrem da Supremacia do Poder Público em relação ao particular, e são as chamadas cláusulas exorbitantes.

⁷⁰ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Loc. cit.

⁷¹ Ibid.

⁷² MEIRELLES, 2010, p. 229-30.

⁷³ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Op. cit.

⁷⁴ MEIRELLES, op. cit., p. 230.

Com relação ao contratado, seu principal direito é o de receber o preço ou a prestação devida.⁷⁵

Além disso, o contratado possui o direito de manter o equilíbrio econômico e financeiro caso ocorra a alteração unilateral do contrato, ou seja, a Administração possui a prerrogativa de alterar unilateralmente as cláusulas contratuais, contudo o equilíbrio econômico e financeiro inicialmente estabelecido deve ser preservado.⁷⁶

Conforme mencionado, ao lado dos direitos de cada parte, estão as obrigações.

As obrigações da Administração consistem, basicamente, no pagamento do preço ajustado ou a prestação do objeto. O contratado, por sua vez, tem o dever de cumprir a prestação ou pagar o valor devido.⁷⁷

Ao lado dessas, existem outras obrigações, como a obrigação do contratado de executar pessoalmente a obra ou o serviço ajustado. Isso porque, o contrato é firmado *intuitu personae*, ou seja, levando em consideração a pessoa física ou jurídica contratada.⁷⁸

É o que dispõe, em outras palavras, o artigo 72, da Lei de Licitações: “O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.”⁷⁹

Nesse sentido, leciona Araújo, citando Gasparini:

O contrato deve ser, em princípio, executado pelo próprio contratado (*intuitu personae*), podendo em certos casos previstos na lei, no Edital e no próprio instrumento, ser **subcontratadas** partes do objeto (art. 72), sem prejuízo de sua responsabilidade contratual, nos limites admitidos pela Administração.⁸⁰

Além disso, tem o contratado a responsabilidade pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais decorrentes da execução do contrato, conforme previsto no artigo 71, *caput*, da Lei 8.666/93.⁸¹

Também, deve o contratado manter preposto, no local da obra ou do serviço, para representá-lo na execução, conforme prevê o artigo 68, da Lei de Licitações.⁸²

Constitui, ainda, conforme assevera Araújo, citando novamente Gasparini, um direito e dever da Administração o acompanhamento da execução do contrato,

⁷⁵ MEIRELLES, 2010, p. 230.

⁷⁶ Ibid., p. 230.

⁷⁷ Ibid., p. 230-1.

⁷⁸ Ibid., p. 232.

⁷⁹ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Loc. cit.

⁸⁰ ARAÚJO, 2009, p. 686.

⁸¹ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Op. cit.

⁸² Ibid.

compreendendo as atividades de fiscalização, orientação, intervenção e interdição, que serão desempenhadas por um representante da Administração.⁸³

É também o que dispõe o artigo 67, da Lei de Licitações:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição. [...].⁸⁴

Assim, apresentados os principais direitos e obrigações das partes, passamos para a etapa final da execução contratual, que é o recebimento do objeto, que constitui a forma natural de extinção do contrato, e acarreta a liberação das partes contratantes dos compromissos assumidos, inclusive das garantias prestadas.

A Lei 8.666/93 prevê duas formas de recebimento do objeto: a provisória e a definitiva.

O recebimento provisório, de acordo com Araújo, não acarreta a liberação do executado, nem significa que a Administração está considerando a execução corretamente efetuada.⁸⁵

O que ocorre, portanto, é o recebimento em caráter experimental, para verificar se o objeto do contrato foi adequadamente efetuado.⁸⁶

O recebimento definitivo, por sua vez, é aquele que a Administração faz em caráter permanente, incorporando o objeto do contrato ao seu patrimônio, bem como considerando que o ajuste foi regularmente executado pelo contratado.⁸⁷

Assim, o recebimento definitivo libera o contratado das obrigações contraídas, exceto quanto à responsabilidade civil.⁸⁸

Importante mencionar, ainda, que no decorrer da execução contratual pode ocorrer a prorrogação ou a renovação do contrato.

A prorrogação é o prolongamento da sua vigência além do prazo inicial. É feita por meio de termo aditivo, com o mesmo contratado e nas mesmas condições anteriores.⁸⁹

A renovação, por outro lado, é feita, em regra, mediante nova licitação, com a observância de todas as formalidades legais, bem como sem nenhum favorecimento do anterior contratado. Contudo, pode também ser feita por meio da contratação direta do atual

⁸³ ARAÚJO, 2009, p. 686.

⁸⁴ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Loc. cit.

⁸⁵ ARAÚJO, op. cit., p. 687.

⁸⁶ MEIRELLES, 2010, p. 236.

⁸⁷ Ibid., p. 236.

⁸⁸ Ibid., p. 236.

⁸⁹ Ibid., p. 240.

contratado, desde que as circunstâncias a justifiquem e seja um dos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação.⁹⁰

Feitas as considerações pertinentes à execução do contrato, cabe agora adentrarmos no estudo da extinção contratual, que engloba a rescisão e a anulação, e apresentar as hipóteses em que cada uma ocorre.

3.2.4 Extinção do contrato administrativo

A extinção do contrato, de acordo com Meirelles, “é a cessação do vínculo obrigacional entre as partes pelo integral cumprimento de suas cláusulas ou pelo seu rompimento, através da rescisão ou da anulação.”⁹¹

Assim, a **extinção** pode se dar pela conclusão do seu objeto ou pelo término do prazo, que são formas naturais de extinção, ou pela rescisão ou anulação, que são formas excepcionais.

A extinção contratual pela **conclusão do objeto** ocorre de pleno direito quando as partes satisfazem integralmente as suas obrigações, ou seja, quando o contrato é integralmente cumprido considera-se extinto.⁹²

A extinção pelo **término do prazo** é regra nos contratos por tempo determinado. Assim, uma vez expirado o prazo, extingue-se o contrato, qualquer que seja a fase de execução em que estiver.⁹³

Nesse sentido, Meirelles leciona que “a expiração do prazo de vigência, sem prorrogação, opera de pleno direito a extinção do contrato.”⁹⁴

Com relação à **rescisão do contrato**, que é forma excepcional de extinção, Meirelles apresenta o seguinte conceito:

*Rescisão é o desfazimento do contrato durante sua execução por inadimplência de uma das partes, pela superveniência de eventos que impeçam ou tornem inconveniente o prosseguimento do ajuste ou pela ocorrência de fatos que acarretem seu rompimento de pleno direito.*⁹⁵ (grifo do autor).

⁹⁰ MEIRELLES, 2010, p. 240-1.

⁹¹ Ibid., p. 237.

⁹² Ibid., p. 237.

⁹³ Ibid., p. 237.

⁹⁴ Ibid., p. 238.

⁹⁵ Ibid., p. 251.

As formas de rescisão contratual são a rescisão administrativa, amigável, judicial e de pleno direito.

A **rescisão administrativa**, que encontra respaldo legal nos artigos 58, II, combinado com os artigos 79, I e 78, I a XII e XVII, da Lei de Licitações⁹⁶, “é aquela efetivada por ato próprio e unilateral da Administração, por inadimplência do contratado ou por interesse do serviço público.”⁹⁷

Em qualquer desses casos, é importante esclarecer que a rescisão administrativa não é discricionária, mas vinculada aos motivos que a ensejam, razão pela qual se faz necessário procedimento regular, em que se dê oportunidade de defesa ao contratado.⁹⁸

Importante destacar que na hipótese de rescisão administrativa por inadimplência do contratado, a Administração Pública pode fazer uso do instituto da ocupação provisória, a fim de assumir o objeto do contrato e prosseguir na sua execução, com o objetivo de dar continuidade ao serviço público.⁹⁹

Por outro lado, com relação à rescisão administrativa por interesse público ou conveniência da Administração, esta tem por fundamento, conforme ensina Meirelles, “a variação do interesse público, que autoriza a cessação do ajuste quando este se torna inútil ou prejudicial à coletividade.” Nessa hipótese, porém, o contratado, conforme o caso, terá direito à indenização.¹⁰⁰

Com efeito, Araújo trata a rescisão administrativa, ao lado da rescisão de pleno direito, não apenas como uma rescisão que ocorre por ato unilateral da Administração, mas também como uma das supremacias da Administração Pública e, nesse sentido, assim leciona:

[...] a supremacia da Administração, nesses casos, ou seja, a cláusula **exorbitante** (explícita ou implícita) de *rescisão unilateral* é representada: a) pela possibilidade de declarar a *rescisão administrativa por motivo de interesse público*; b) pelo poder de declarar a *rescisão administrativa por infração contratual* sem o recurso à vida judicial, ou seja, por ato unilateral, aplicado desde logo as penalidades suplementares cabíveis; c) no caso da *rescisão de pleno direito*, pelo poder de declarar a ocorrência do fato extintivo e, em consequência, a rescisão, por ato unilateral e sem a participação do Poder Judiciário.¹⁰¹

A **rescisão amigável**, por sua vez, é aquela que ocorre por acordo entre as partes e é permitida, de acordo com Di Pietro, quando houver conveniência para a Administração

⁹⁶ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Loc. cit.

⁹⁷ MEIRELLES, 2010, p. 252.

⁹⁸ Ibid., p. 252.

⁹⁹ Ibid., p. 253.

¹⁰⁰ Ibid., p. 253.

¹⁰¹ ARAÚJO, 2009, p. 660-1.

Pública e também quando ocorrerem os chamados fatos da Administração¹⁰², previstos nos incisos XIII a XVI, do artigo 78, da Lei de Licitações.¹⁰³

Por outro lado, Meirelles traz como hipóteses de rescisão amigável os casos de inadimplência sem culpa e os que autorizam a rescisão por interesse público.¹⁰⁴

Ainda como espécie de rescisão contratual, temos a **rescisão judicial**, que nos dizeres de Meirelles é aquela “decretada pelo Poder Judiciário em ação proposta pela parte que tiver direito à extinção do contrato.”¹⁰⁵

Assim, quando houver inadimplência da Administração Pública, ou seja, os chamados fatos da Administração, ou na ocorrência de caso fortuito ou força maior, conforme previsto no artigo 78, XIII a XVII, da Lei de Licitações¹⁰⁶, pode o contratado requerer judicialmente a rescisão.¹⁰⁷

Por fim, a **rescisão de pleno direito** é aquela que ocorre pela simples ocorrência do fato extintivo, ou seja, independe da manifestação de qualquer das partes. Ocorrido fato extintivo, o contrato estará automaticamente rescindido, razão pela qual não haverá necessidade de ato formal ou decretação judicial. Nesse caso, qualquer declaração reconhecendo a extinção do contrato terá efeito meramente declaratório. O fato extintivo pode estar previsto na lei, no regulamento, no edital ou no próprio contrato. O falecimento ou a falência do contratado e o perecimento do objeto contratual são exemplos de fatos extintivos.¹⁰⁸

Por fim, temos ainda como hipótese de extinção do contrato, a **anulação**, que também é forma excepcional, e pode ocorrer quando houver ilegalidade na sua formação ou em cláusula essencial. A anulação pode ocorrer por ato unilateral da Administração, devidamente justificado e em procedimento que assegure oportunidade de defesa para o contratado, ou por meio do Poder Judiciário.¹⁰⁹

No mais, com relação à **revogação**, é importante esclarecer que, de acordo com Meirelles, esta inexistente. Esse instituto é privativo dos atos unilaterais, e o que se permite é a rescisão administrativa (ato unilateral da Administração) pelos mesmos motivos que ensejam a revogação dos atos administrativos (conveniência da Administração ou interesse público).¹¹⁰

¹⁰² DI PIETRO, 2009, p. 285.

¹⁰³ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Loc. cit.

¹⁰⁴ MEIRELLES, 2010, p. 254.

¹⁰⁵ Ibid., p. 254.

¹⁰⁶ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Op. cit.

¹⁰⁷ MEIRELLES, op. cit., p. 254.

¹⁰⁸ Ibid., p. 255.

¹⁰⁹ Ibid., p. 238.

¹¹⁰ Ibid., p. 240.

Feitas as explicações necessárias com relação à licitação pública e ao contrato administrativo, é possível agora adentrar no estudo da responsabilidade do empregador no Direito do Trabalho, especialmente com relação ao pagamento das verbas trabalhistas, com enfoque nos casos em que uma empresa contrata outra para a prestação de determinados serviços.

4 RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR NO DIREITO TRABALHISTA

Neste capítulo estudaremos as responsabilidades do empregador com relação às verbas trabalhistas no Direito do Trabalho, com enfoque para o caso de serviços contratados ou terceirizados, trazendo, primeiramente, alguns aspectos conceituais.

4.1 CONCEITO DE EMPREGADOR

A definição legal de empregador encontra-se no *caput* do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT): “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.”¹

Como se observa, a CLT utiliza, como um dos critérios para definir a figura do empregador, a existência de empresa, seja individual ou coletiva.

Esse critério, contudo, é razão para divergências doutrinárias, uma vez que há controvérsia acerca da natureza jurídica da empresa. Para alguns, é sujeito de direito, para outros, é objeto, isto é, conjunto de bens, e, portanto, não pode ser equiparada a sujeito de direito.²

Martins explica que para aqueles que entendem que a empresa é objeto de direito, não equiparável a sujeito de direito, empregador deveria ser a pessoa física ou jurídica.³

Nascimento explica o motivo da divergência na mesma linha de Martins: “para aqueles que sustentam que a empresa não é sujeito, mas objeto, a definição de empregador deveria se outra: empregador é a pessoa física ou jurídica.”⁴ Mas, para ele, a definição adotada pela CLT é adequada. Vejamos:

Para aqueles que entendem que à empresa deve ser atribuída personalidade de direito, bem como para quem admite a possibilidade de empregador mesmo não dotado de personalidade jurídica, como nos parece correto, nada impede os termos da definição.⁵

¹ BRASIL. **Decreto Lei 5.452, de 1º de maio de 1943**: aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>>. Acesso em: 5 maio 2011.

² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 33. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 213.

³ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 176.

⁴ NASCIMENTO, op. cit., p. 213.

⁵ Ibid., p. 213.

Assim, enquanto para alguns o termo está equivocado porque empresa é objeto de direito, para outros está correto porque à empresa deve ser atribuída personalidade jurídica.

No entanto, existe ainda quem entenda, a exemplo de Azevêdo, que ainda que à empresa seja atribuída personalidade jurídica, a definição estaria inadequada. Isso porque, para o autor, o termo “empresa” pode levar, justamente, à vinculação ou à idéia de personalidade jurídica, ou seja, que a atividade econômica deve ser desempenhada de forma organizada e legalizada. Contudo, o mesmo autor explica que esses requisitos não são necessários ou indispensáveis, em conjunto ou isoladamente, para caracterizar o que seja empregador. Para ele, tanto é empregador a sociedade formalmente organizada (detentora de personalidade jurídica), como também aquela constituída de forma irregular (sociedade de fato).⁶

Desse mesmo entendimento compartilha Martins:

[...] Não é requisito para ser empregador ter personalidade jurídica. Tanto é empregador a sociedade de fato, a sociedade irregular que ainda não tem seus atos constitutivos registrados na repartição competente, como a sociedade regularmente inscrita na Junta Comercial ou no Cartório de Registro de Títulos e Documentos.⁷

Embora Azevêdo entenda inadequado o critério adotado pela legislação, admite que o termo “empresa” pode ter sua razão de ser. Isso porque, analisando os artigos 10 e 448, da CLT, pode-se concluir que o objetivo da lei foi vincular o trabalhador ao conjunto de bens que compõem a empresa e o empreendimento, e não ao seu proprietário.⁸

Vejamos, para esclarecer, o que dizem os artigos 10 e 448, da CLT⁹:

Art. 10 - Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

Art. 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

Como visto, muitas são as divergências que cercam o conceito de empregador trazido pela CLT. Dessa forma, vejamos alguns conceitos adotados pela doutrina:

Azevêdo, citando Maranhão, define empregador como “a pessoa física ou jurídica que, assumindo os riscos da atividade econômica, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.”¹⁰

⁶ AZÊVEDO, Jackson Chaves de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001. p. 100-1.

⁷ MARTINS, 2006, p. 177.

⁸ AZÊVEDO, 2001, p. 101.

⁹ BRASIL. Decreto Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Loc. cit.

¹⁰ AZÊVEDO, op. cit., p. 103.

Nascimento, por sua vez, conclui que “empregador é o ente, dotado ou não de personalidade jurídica, com ou sem fim lucrativo, que tiver empregado.”¹¹

Em outra obra, o mesmo autor ainda esclarece que é por meio da figura do empregado que se chegará à do empregador, e apresenta o seguinte conceito: “será empregador todo ente para quem uma pessoa física prestar serviços continuados, subordinados e assalariados.”¹²

Pelo exposto, podemos concluir que empregador poderá ser toda pessoa física ou jurídica, com ou sem fim lucrativo, que, assumindo os riscos da atividade, contrata pessoa física para prestar serviços de forma continuada, assalariada, com subordinação e pessoalidade.

A CLT, no parágrafo 1º, do artigo 2º, trouxe algumas figuras que são equiparadas a empregador. Vejamos:

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.¹³

É importante esclarecer que a CLT não é taxativa ao indicar os tipos de empregador, ou seja, apresenta rol meramente exemplificativo.

A eles, a doutrina e a jurisprudência acrescentam outros, como, por exemplo, o condomínio, a massa falida, o espólio, a União, os Estados-membros, os Municípios, as autarquias, as fundações, etc.¹⁴

Existem outros tipos de empregadores previstos em lei, como, por exemplo, o empregador rural, previsto na Lei 5.889/1973¹⁵, e o empregador doméstico, com previsão na Lei 5.859/1972.¹⁶

Por fim, cumpre mencionar que, para Azevêdo, as pessoas elencadas no parágrafo 1º, acima citado, não apenas se equiparam a empregadores, mas constituem em si mesmas uma das espécies de empregadores propriamente dita.¹⁷

¹¹ NASCIMENTO, 2007, p. 214.

¹² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 643.

¹³ BRASIL. Decreto Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Loc. cit.

¹⁴ NASCIMENTO, 2007, op. cit.

¹⁵ BRASIL. **Lei 5.889, de 8 de junho de 1973**: estatui normas reguladoras do trabalho rural. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5889.htm>. Acesso em: 10 maio 2011.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ AZÊVEDO, 2001, p. 101.

Assim, apresentados os aspectos conceituais, já é possível analisar a responsabilidade do empregador no que diz respeito às verbas trabalhistas, objetivo desse capítulo.

4.2 RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR

Antes de abordar a responsabilidade pelos créditos trabalhistas, importante destacar que o empregador possui outras responsabilidades, tidas como secundárias. São elas, segundo Azevêdo, citando Russomano, em síntese: a obrigação de cumprir as condições contratuais, a necessidade de fornecer ao empregado os elementos necessários para a execução dos serviços, inclusive os equipamentos de proteção individual, além de observar as condições de segurança, higiene e moralidade no ambiente laboral e, por fim, deve o empregador tratar o empregado com respeito e consideração.¹⁸

Com relação à responsabilidade pelos créditos trabalhistas, esta não será aqui abordada de forma individualizada, isto é, para cada uma das espécies de empregadores, que, como visto, são muitas, mas, sim, de forma sucinta e generalizada, fazendo-se algumas considerações importantes.

Sobre a responsabilidade pelo pagamento dessas verbas, Azevêdo, mencionando novamente os ensinamentos de Russomano, ensina que a obrigação fundamental do empregador “‘é remunerar os serviços que o trabalhador lhe presta’, justamente porque ‘o alvo primordial daquele que se emprega é a obtenção do salário’.”¹⁹

Assim, como assevera Lorenzetti, “não se pode negar que a responsabilidade pelos créditos trabalhistas deve recair, em primeiro lugar, sobre o empregador, que contratou a prestação de serviços do empregado.”²⁰

Segundo o autor, essa responsabilidade do empregador se dará da seguinte forma:

Quando a condição de empregador é atribuída a uma pessoa, física ou jurídica, o respectivo patrimônio responde pela satisfação dos créditos de seus empregados. Quando aquela posição for ocupada por um agrupamento não personalizado, a responsabilidade recai sobre o patrimônio de seus integrantes. No caso dos chamados *núcleos unitários* (herança jacente, massa falida etc.), a responsabilidade pelo crédito trabalhista incide sobre os bens que integram tais universalidades.²¹

¹⁸ AZÊVEDO, 2001, p. 107.

¹⁹ Ibid., p. 107.

²⁰ LORENZETTI, Ari Pedro. **A responsabilidade pelos créditos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2003. p. 39.

²¹ Ibid., p. 43-4.

O autor também lembra que pode ocorrer alteração na titularidade da empresa, que se constitui na chamada sucessão trabalhista.²² São casos em que a titularidade e/ou a estrutura jurídica da empresa são alteradas, ou seja, ocorre a troca do seu proprietário, no caso o empregador, e/ou a sua forma de organização (individual, coletiva, limitada, etc.).

Nesse norte, sucessão significa a “substituição de uma pessoa por outra na mesma relação jurídica.”²³

Assim, em tais hipóteses, de alteração da titularidade e da estrutura jurídica, é importante deixar claro que os empregados não são prejudicados, de forma que quaisquer direitos trabalhistas serão preservados, sobretudo aqueles relacionados aos seus créditos.

É o que ensina Lorenzetti:

Em tais condições, o crédito trabalhista não é afetado por eventuais alterações relativas à pessoa do empregador. Em qualquer caso, os créditos trabalhistas acompanham a empresa, independentemente da variação de titularidade ou estrutura jurídica (CLT, arts. 10 e 448).²⁴

Também no que diz respeito a essas alterações, a CLT dispõe que:

Art. 10 - Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

Art. 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.²⁵

Lorenzetti ainda explica que, no direito do trabalho, “para que uma pessoa passe a responder pelas obrigações trabalhistas contraídas por outra, basta que dê continuidade à atividade empresarial desta, valendo-se da mesma organização produtiva utilizada pelo antigo empresário.”²⁶

Quanto à necessidade (ou não) de o sucessor continuar no mesmo ramo de atividade do sucedido, Lorenzetti entende não haver essa necessidade, pois o que se deve observar é se o novo titular aproveitou a organização empresarial do sucedido, de modo que, se apenas houve a instalação de um novo empreendimento no local do antigo, não há que se falar em sucessão.²⁷

²² LORENZETTI, 2003, p. 104.

²³ Ibid., p. 104.

²⁴ Ibid., p. 102.

²⁵ BRASIL. Decreto Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Loc. cit.

²⁶ LORENZETTI, op. cit., p. 105.

²⁷ Ibid., p. 106.

Além disso, caso ocorra a paralisação do empreendimento, durante certo período após a passagem de um titular a outro, não significa a quebra da continuidade e, portanto, não exime o sucessor das responsabilidades.²⁸

Por outro lado, Lorenzetti, citando Prado, explica que se a empresa estiver inteiramente paralisada, não constitui sucessão para os efeitos trabalhistas.²⁹ Portanto, a empresa deve estar ativa, ou seja, em pleno funcionamento.

No mais, é importante destacar que a responsabilidade do sucessor permanece inclusive com relação às verbas trabalhistas advindas de contratos extintos antes da sucessão, e, por outro lado, com relação ao sucedido, ocorre a eliminação de qualquer vínculo trabalhista, salvo em caso de sucessão fraudulenta, de acordo com a corrente predominante na doutrina.³⁰

Por fim, cabe mencionar que se a sucessora for empresa estatal ou ente de direito público, a regra é a mesma, o sucessor assume as responsabilidades, sem poder alegar a nulidade do contrato de trabalho por falta de concurso público.³¹

Portanto, diante de todo o exposto, tem-se que as verbas trabalhistas são amplamente protegidas em nosso ordenamento jurídico, e o principal responsável pelo seu pagamento é o empregador, de modo que nem mesmo a alteração da titularidade da empresa prejudicará esses créditos, ficando o sucessor com tal responsabilidade.

Passamos, agora, a analisar a responsabilidade do empregador pelas verbas trabalhistas na hipótese de serviços contratados, a popular terceirização, para permitir que, no último capítulo deste estudo, possa ser analisada essa responsabilidade no caso em que a tomadora é a Administração Pública.

4.3 RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR NO CASO DE SERVIÇOS CONTRATADOS

Atualmente, muitas empresas vêm contratando outras para lhe prestarem determinados serviços ou etapas complementares da sua produção, uma vez que estas empresas possuem maior especialização na atividade transferida, o que resulta em maior

²⁸ LORENZETTI, 2003, p. 106.

²⁹ PRADO apud LORENZETTI, p. 107.

³⁰ LORENZETTI, op. cit., p. 119-20.

³¹ Ibid., p. 128-9.

produtividade e eficiência. A essa transferência costumamos chamar, popularmente, de terceirização, embora possua outras denominações.

Lorenzetti, citando Cavalcante, define terceirização como “um processo através do qual uma empresa repassa a outra empresa um determinado serviço ou a produção de um determinado bem, objetivando alcançar maior qualidade, produtividade e redução de custos.”³²

Assim, com relação à empresa que contrata os serviços chamamos de tomadora, e a que lhes presta, de prestador ou contratado.

No que diz respeito às verbas trabalhistas dos empregados da empresa contratada, não há dúvidas de que o contratado é responsável pelos créditos de seus funcionários. A dúvida está, entretanto, na responsabilidade do tomador de serviços, ou seja, deve ele ser responsabilizado por esses créditos trabalhistas? É o que passaremos a analisar.

A CLT trouxe, em seu artigo 455, uma hipótese de terceirização de serviços, a de subempreitada, em que atribuiu responsabilidade subsidiária ao empreiteiro principal.

Art. 455 - Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.
Parágrafo único - Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.³³

A responsabilidade, conforme mencionado, é subsidiária, uma vez que o empreiteiro principal pode ser reclamado apenas se o subempreiteiro não adimplir com as obrigações trabalhistas dos seus empregados.

Sobre a responsabilidade subsidiária, será mais bem explicada no próximo capítulo, quando tratarmos do objeto propriamente dito do presente trabalho.

É importante destacar que a aplicação do artigo 455 não deve ser restringida aos casos de contratos de subempreitada, devendo ser aplicado de forma a alcançar as demais hipóteses em que uma empresa transfere determinado serviço à outra.

Esse é o entendimento de Lorenzetti, quando, ao citar Garcia, esclarece que o artigo 455 mencionou apenas a subempreitada porque, na época em que o dispositivo foi elaborado, esta hipótese de terceirização era a mais comum, e hoje, por existirem muitos outros casos de terceirização, referida norma deve ser adaptada para abrangê-las.³⁴

³² LORENZETTI, 2003, p. 263.

³³ BRASIL. Decreto Lei 5.452, de 1o de maio de 1943. Loc. cit.

³⁴ LORENZETTI, op. cit., p. 291.

O Tribunal Superior do Trabalho já sumulou entendimento no sentido de responsabilizar o tomador de serviços:

TST Súmula nº 331

[...]

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quando àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.³⁵

Dessa forma, chega-se à conclusão de que as empresas tomadoras, no caso daquelas que contratam outras empresas para prestarem determinados serviços, devem ser responsabilizadas pelos créditos trabalhistas dos empregados da empresa contratada, caso esta esteja inadimplente com relação a essas verbas. Trata-se, como visto, de responsabilidade subsidiária, pois a tomadora de serviços só pode ser responsabilizada se a contratada estiver inadimplente no pagamento dessas verbas.

A respeito da subsidiariedade, Martins explica que o TST entende pela responsabilidade subsidiária em razão de o artigo 455 não mencionar expressamente a responsabilidade solidária, a qual resulta de disposição expressa da lei ou da vontade das partes. Portanto, a Súmula 331, IV interpreta corretamente o dispositivo acima, de modo que o tomador de serviços somente responderá se o prestador não pagar a dívida trabalhista ou se o patrimônio for insuficiente para o pagamento do débito.³⁶

Além disso, a responsabilidade do tomador é subjetiva, pois decorre da culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, conforme leciona Martins:

Com essa orientação, o verbete pretende aconselhar as pessoas que fazem terceirização para que contratem empresas idôneas, sob pena de, se o empregado ajuizar ação contra a empresa prestadora dos serviços e a tomadora, esta última ficará responsável subsidiariamente pelo pagamento das verbas trabalhistas, em decorrência da inidoneidade da prestadora dos serviços e da culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.³⁷

No que diz respeito à responsabilidade subjetiva, será mais bem analisada no capítulo seguinte.

Com relação ao alcance da responsabilidade do tomador de serviços, Lorezetti esclarece que “limita-se aos créditos relativos ao período em que foi beneficiária da prestação laboral, além das verbas rescisórias.”³⁸

³⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Diário eletrônico da justiça do trabalho, de 27 de maio de 2011**: súmula 331. Disponível em: <<https://aplicacao.jt.jus.br/dejt/diariocon.pub>>. Acesso em: 30 maio 2011.

³⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 140-1.

³⁷ *Ibid.*, p. 140.

³⁸ LORENZETTI, 2003, p. 302.

Assim, todo e qualquer crédito trabalhista não adimplido pela empresa contratada pode ser cobrado do tomador de serviços, incluindo-se aí as multas por falta de pagamento das verbas rescisórias ou descumprimento de cláusulas normativas, as indenizações e multas, legais ou convencionais, resultantes do próprio inadimplemento, bem como a multa do artigo 467, da CLT, uma vez que sua causa é a simples falta de pagamento das verbas incontroversas.³⁹

Por outro lado, no que diz respeito às obrigações personalíssimas, como a anotação da CTPS, estas não recaem sobre o tomador, assim como as multas ou penalidades processuais, que só podem ser cobradas da empresa tomadora se decorrerem da sua própria conduta.⁴⁰

Por fim, cumpre informar que o entendimento predominante na jurisprudência é de que a terceirização só será lícita se os serviços executados constituírem-se em atividade-meio da empresa, caso contrário, o vínculo de emprego formar-se-á diretamente com a tomadora de serviços.⁴¹

Para Lorenzetti, contudo, o que torna a terceirização ilícita é a existência de pessoalidade e subordinação do trabalhador em relação à empresa tomadora, caso em que, portanto, o vínculo de emprego será reconhecido diretamente com esta⁴², por constituírem (a pessoalidade e a subordinação) requisitos próprios da relação de emprego.

Concluídas estas questões, que contribuirão para melhor entendimento do tema propriamente dito do presente estudo, passa-se para a fase final deste trabalho.

³⁹ LORENZETTI, 2003, p. 302.

⁴⁰ Ibid., p. 302.

⁴¹ Ibid., p. 302.

⁴² Ibid., p. 302.

5 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELOS DÉBITOS TRABALHISTAS DECORRENTES DA INADIMPLÊNCIA DAS EMPRESAS CONTRATADAS MEDIANTE PROCESSO LICITATÓRIO

Após a abordagem da matéria que serve de base para o objeto deste estudo, é possível adentrar diretamente no tema proposto, analisando a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas decorrentes da inadimplência de empresas contratadas mediante processo licitatório.

A questão é polêmica porque estamos diante de um conflito de normas. De um lado, a Lei de Licitações prevê a irresponsabilidade da Administração Pública por débitos trabalhistas advindos desses contratos. De outro, o Tribunal Superior do Trabalho editou uma Súmula prevendo que a inadimplência do contratado enseja responsabilidade subsidiária da Administração Pública.

Ainda, o Supremo Tribunal Federal recentemente julgou Ação Declaratória de Constitucionalidade que versava sobre essa problemática, mas sua decisão não resolveu definitivamente a questão.

Inicialmente, cumpre esclarecer que se a terceirização (como é conhecida popularmente a contratação por meio do qual uma empresa, ou a Administração Pública, transfere determinados serviços à outra empresa) for considerada irregular ou ilícita, ou se os serviços contratados disserem respeito à atividade-fim e não à atividade-meio da Administração, a solução jurídica para a questão será outra e não passará pela análise do tema aqui abordado.

Assim, partiremos do pressuposto de que o contrato foi celebrado de forma regular e lícita, e que diz respeito à atividade-meio da Administração, para analisar se, nesses casos, a Administração responde (ou não) subsidiariamente pelos débitos trabalhistas da empresa contratada.

5.1 PREVISÃO NA LEI Nº 8.666/93

A Lei de Licitações, em seu artigo 71, *caput*, estabelece que o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas resultantes da execução do contrato. Além disso, o

mesmo dispositivo legal, em seu § 1º, prevê que a inadimplência do contratado não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento.

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.¹

Portanto, segundo a norma, quando a Administração Pública contrata uma empresa para prestar algum tipo de serviço e esta empresa não cumpre as obrigações que possui com seus empregados, a Administração não pode ser responsabilizada por tais encargos.

Para Lorenzetti, a norma contraria a própria Constituição Federal, pois afronta todos os princípios protetivos do trabalho humano.²

A despeito da referida norma, os Tribunais têm aplicado a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos débitos trabalhistas das empresas contratadas, baseados na Súmula 331 do TST.

5.2 SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

A Súmula 331 do TST foi editada em razão de uma revisão da Súmula 256, do mesmo Tribunal.

A Súmula 256 previa o seguinte:

TST Enunciado nº 256 - Res. 4/1986, DJ 30.09.1986 - Revisão - Enunciado nº 331 - TST - Cancelada - Res. 121/2003, DJ 21.11.2003

Trabalho Temporário e Serviço de Vigilância - Contratação de Trabalhadores por Empresa Interposta

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.³

¹ BRASIL. **Lei 8.666, de 21 de junho de 1993**: regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 18 maio 2011.

² LORENZETTI, Ari Pedro. **A responsabilidade pelos créditos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2003. p. 39.

³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 256 – DJ 30.09.1986, e 01 e 02.10.1086**. Brasília: DF. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_pdf_atual.pdf>. Acesso em: 20 maio 2011.

Como se pode verificar, a Súmula 256 nada dispunha acerca do objeto do presente trabalho, o que só veio a surgir com a Edição da Súmula 331.

Nesse norte, a Súmula 331 estabelecia que:

TST Enunciado nº 331 - Revisão da Súmula nº 256 - Res. 23/1993, DJ 21, 28.12.1993 e 04.01.1994 - Alterada (Inciso IV) - Res. 96/2000, DJ 18, 19 e 20.09.2000 - Mantida - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Contrato de Prestação de Serviços - Legalidade

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). (Revisão do Enunciado nº 256 - TST)

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-06-1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000).⁴

Referida súmula, no entanto, sofreu recente alteração pelo Tribunal Superior do Trabalho, em virtude do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16.

A nova redação, que foi divulgada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 27 de maio de 2011, com publicação no dia 30 de maio de 2011, dispõe o seguinte:

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

⁴ BRASIL. Súmula 331 – DJ 19, 20 e 21.11.2003. Loc. cit.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação.⁵

Como se pode observar, a Súmula em questão estipula, em qualquer de suas redações, que quando o empregador não adimplir com as suas obrigações trabalhistas, o tomador de serviços será responsabilizado, de forma subsidiária, por esses débitos. Além disso, prevê que essa responsabilidade seja aplicada inclusive à Administração Direta e Indireta.

Portanto, a nova redação apenas deu maior definição aos casos em que a Administração Pública poderá ser responsabilizada, ou seja, quando evidenciada a sua conduta culposa, que será mais bem analisada em tópico próprio.

Como se pode observar, portanto, o inciso IV e V, da Súmula em questão, estabelece exatamente o contrário do que dispõe o artigo 71, §1º, da Lei de Licitações, já mencionado, ou seja, enquanto o artigo 71 dispõe que a inadimplência do contratado com relação a esses créditos não transfere a obrigação à Administração Pública, a Súmula 331 prevê que esse inadimplemento acarretará responsabilidade subsidiária da Administração.

Assim, essa latente dissonância de normas (entre a Lei de Licitações e a Súmula 331) gerou muitas divergências quanto à aplicação da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, resultando na propositura de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

5.3 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16, DO DISTRITO FEDERAL

As divergências apontadas acarretaram na proposição da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, proposta pelo Governador do Distrito Federal, com o objetivo de reconhecer a constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/93.

Em 24 de novembro de 2010, referida ação foi julgada procedente por maioria de votos, com declaração, portanto, da constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei de Licitações, cuja íntegra da decisão ainda não foi publicada, razão pela qual não foi possível sua transcrição para o presente trabalho.

⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Diário eletrônico da justiça do trabalho, de 27 de maio de 2011:** súmula 331. Disponível em: <<https://aplicacao.jt.jus.br/dejt/diariocon.pub>>. Acesso em: 30 maio 2011.

No entanto, a partir de uma notícia publicada no site do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que os Ministros do STF entenderam que, apesar do reconhecimento da constitucionalidade do artigo supracitado, referida decisão não impedirá que o Tribunal Superior do Trabalho reconheça a responsabilidade da Administração Pública, com base nos fatos de cada causa, de modo que o TST deverá investigar cada caso antes de aplicar a responsabilidade, ou seja, não poderá aplicá-la de forma generalizada.⁶

Assim, embora tenha declarado constitucional o dispositivo em discussão, o STF não vedou/afastou a aplicação da Súmula 331, do TST.

Ou seja, o Supremo Tribunal Federal não resolveu definitivamente a questão. Isto porque o objetivo da propositura da demanda era justamente afastar a aplicação da Súmula 331 do TST, já que esta súmula era a responsável pela divergência que levou à propositura da demanda e ameaçava a validade no contido na Lei de Licitações.

Apresentada, pois, a polêmica existente sobre o tema, passemos ao estudo da responsabilidade subsidiária ou não da Administração Pública pelos débitos trabalhistas das empresas contratadas.

Como visto, o tema inicia com “responsabilidade subsidiária”. Necessário, portanto, antes de mais nada, conceituar a responsabilidade civil subsidiária, definindo se, no caso em questão, ela será objetiva ou subjetiva.

5.4 RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

A respeito do tema responsabilidade civil, Santos ensina que, ao se atribuir responsabilidade a alguém, exige-se o cumprimento de uma obrigação, e a prestação é cumprida tendo em vista a sujeição do patrimônio do devedor ao direito do credor.⁷

Pode-se atribuir a alguém uma responsabilidade subsidiária ou uma responsabilidade solidária. Para distingui-las é preciso conceituar cada uma delas.

A responsabilidade solidária pode ser entendida, de acordo com Lorenzetti, “como a vinculação de vários sujeitos à satisfação de uma obrigação jurídica, permitindo ao credor

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias do STF, de 24 de novembro de 2010**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=166785>>. Acesso em: 21 maio 2011.

⁷ SANTOS, Diogo Palau Flores dos. **Terceirização de serviços públicos pela administração pública: estudo da responsabilidade subsidiária**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 57.

escolher de qual ou quais deles pretende obter, total ou parcialmente, a prestação a que tem direito.”⁸

Além disso, a responsabilidade solidária não se presume, decorre da lei ou da vontade das partes.⁹

Por sua vez, a responsabilidade subsidiária, de acordo com o autor, pode ser assim conceituada:

[...] a responsabilidade subsidiária é a vinculação sucessiva de vários sujeitos ao cumprimento de uma obrigação jurídica, de modo a impor ao credor uma ordem na exigência da prestação, só podendo postulá-la perante os seguintes caso não obtenha êxito perante os anteriores.¹⁰

Assim, enquanto a responsabilidade solidária permite que o credor exija o cumprimento da obrigação de qualquer dos devedores, a responsabilidade subsidiária apenas permite que o credor busque, junto a uma determinada pessoa, o cumprimento da obrigação, somente após o inadimplemento do devedor principal.

A partir desses conceitos, já é possível entender o que a Súmula 331 do TST quis dizer quando afirmou que:

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.¹¹

Ou seja, para a Súmula 331, a Administração Pública apenas pode ser responsabilizada pelos créditos trabalhistas da empresa contratada caso esta reste inadimplente com relação ao pagamento dessas verbas.

Mas essa responsabilidade subsidiária é objetiva ou subjetiva? Passemos a essa questão no próximo tópico.

⁸ LORENZETTI, 2003, p. 22.

⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2001**: institui o código civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 21 maio 2011.

¹⁰ LORENZETTI, op. cit., p. 23.

¹¹ BRASIL. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, de 27 de maio de 2011. Loc. cit.

5.5 RESPONSABILIDADE POR FALHA NA ELEIÇÃO E NA VIGILÂNCIA (*CULPA IN ELIGENDO E CULPA IN VIGILANDO*). RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

A questão da responsabilidade civil abrange três elementos: conduta culposa em sentido amplo (que abrange a culpa em sentido estrito¹² e o dolo¹³), ocorrência de dano a terceiro, e nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano causado.¹⁴

A distinção entre responsabilidade objetiva e subjetiva está na exigência de se averiguar (ou não) um dos elementos da responsabilidade: a existência de dolo ou culpa na conduta do causador do dano.¹⁵

Se não for necessário averiguar a presença do elemento dolo ou culpa, estaremos diante de uma responsabilidade objetiva, uma vez que a responsabilidade do agente depende apenas da existência do dano e do nexo de causalidade, dispensando-se a análise do fator dolo ou culpa na conduta do agente. São casos em que se dispensa a análise da culpa ou do dolo, de modo que o simples dano e o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano causado ensejará a responsabilidade.¹⁶

A responsabilidade subjetiva, por sua vez, implica necessariamente na análise da culpa ou do dolo na conduta do agente, de maneira que, ausente esse requisito, não há que se falar em responsabilidade.¹⁷

Conforme mencionado quando se tratou das obrigações da Administração, esta tem o dever de fiscalizar a execução do contrato, conforme prevê o artigo 67, da Lei de Licitações. Além disso, a Administração tem também o dever de averiguar previamente a idoneidade do possível contratado.

Assim, quando a Administração se omite ou falha no cumprimento dessas obrigações, deve ela ser responsabilizada, pois sua obrigação é contratar pessoa idônea e, posteriormente, fiscalizar rigorosamente a execução do contrato que firmou.

O dever da Administração Pública de fiscalizar a execução do contrato, inclusive no que diz respeito ao pagamento das verbas trabalhistas por parte do contratado, decorre de simples interpretação dos artigos 66, 67 e 71 da Lei de Licitações.

¹² Culpa em sentido estrito: o agente não teve intenção de praticar o ato, mas agiu com imprudência, negligência ou imperícia.

¹³ Dolo: o agente teve intenção de praticar o ato.

¹⁴ SANTOS, 2010, p. 61.

¹⁵ Ibid., p. 61.

¹⁶ Ibid., p. 61.

¹⁷ Ibid., p. 61.

O artigo 66 estabelece que as partes devem executar fielmente o contrato, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas da Lei de Licitações.¹⁸ E dentre essas normas da Lei de Licitações está o artigo 71, que estabelece que o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas resultantes da execução do contrato.¹⁹

Por sua vez, o artigo 67 determina que a Administração Pública deve acompanhar e fiscalizar a execução do contrato.²⁰

Logo, como a execução do contrato compreende o cumprimento das normas da Lei de Licitações, e dentre elas há uma (artigo 71) que estabelece o pagamento das verbas trabalhistas por parte do contratado, a Administração Pública deve fiscalizar se essas verbas estão sendo adimplidas, justamente por fazerem parte da execução contratual.

Portanto, quando houver, por parte da Administração, falha no cumprimento dessas obrigações, a sua responsabilidade subsidiária decorrerá da culpa *in eligendo* e da culpa *in vigilando*. A primeira diz respeito ao momento da contratação, ou seja, a má escolha do contratante. A culpa *in vigilando*, por sua vez, está relacionada á má fiscalização na execução do contrato.

Como o elemento culpa deve ser observado, é possível afirmar que a responsabilidade da Administração, no caso em tela, é subjetiva. Trata-se de hipótese em que a Administração se responsabilizará com base na culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, de maneira que o elemento culpa é indispensável para caracterizar a responsabilidade do ente público.

Dessa forma, quando a Administração falha ou se omite no cumprimento desses deveres, seja por culpa ou dolo, deve ela ser responsabilizada por seus atos (de forma subsidiária, como visto).

Foi nesse sentido, inclusive, que o Supremo Tribunal Federal manifestou-se no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, pois, como já destacado, ressaltou a possibilidade de a Justiça Trabalhista aplicar a responsabilidade da Administração conforme as circunstâncias do caso concreto.

Portanto, ainda que constitucional o artigo 71, §1º, nada impede a responsabilidade subsidiária da Administração, nos casos de falha ou falta na fiscalização do contrato.

Além disso, a nova redação da Súmula 331 do TST também permite concluir pela responsabilidade subjetiva da Administração Pública, pois estabelece que haverá

¹⁸ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Loc. cit.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

responsabilidade subsidiária quando evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666/93.

E nesse sentido vêm sendo as decisões do Tribunal Superior do Trabalho, após a decisão na Ação Declaratória de Constitucionalidade, aplicando a responsabilidade subsidiária da Administração, com base na culpa *in*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. Após a decisão do e. STF no julgamento da ADC 16, esta c. Corte vem apreciando com maior zelo as questões que envolvem a responsabilidade de ente público, pela contratação de empregado por meio de terceirização, quando precedida de licitação pública. Cabe ao ente público, no reiterado descumprimento das cláusulas contratuais, pelo prestador dos serviços, reter o pagamento até o implemento das obrigações assumidas. Não o fazendo assume o risco de responder com subsidiariedade, na medida em que a irresponsabilidade contida na lei de licitações não é absoluta, não abrangendo a culpa por omissão. Agravo desprovido.

[...]

A decisão contida na ADC 16 demonstra a constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93. Com efeito, não se discute a força normativa do citado dispositivo. A responsabilidade subsidiária, que decorre do inadimplemento das obrigações assumidas pelo prestador de serviços, diz respeito à omissão do ente público em fiscalizar o cumprimento do objeto do contrato, que teve origem na licitação, isto é, deixou o ente público de exigir o cumprimento do contrato de prestação de serviço, em todos os seus termos.²¹

Nesse sentido, Martins leciona que a os fundamentos do TST para julgar a matéria é de que a Administração Pública foi beneficiada pela prestação dos serviços e, por isso, deve responder pela inadimplência do contratado, pois tem culpa *in eligendo* na escolha de parceiro inadequado, e *in vigilando*, por falta de fiscalização quanto às verbas trabalhistas devidas ao empregado.²²

De acordo com Dantas, ainda que a Administração tenha obedecido todas as formalidades legais para o processo licitatório, a inadimplência do contratado acarretará a responsabilidade subsidiária do ente público, pois, embora não incorra em culpa *in eligendo*, subsistirá sua culpa na fiscalização da execução do contrato – culpa *in vigilando*.²³

²¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR 2101-38.2010.5.18.0000**. Julgamento em 02/02/2011, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Disponível em:

<[http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR - 2101-](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR - 2101-38.2010.5.18.0000&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAKW9AAF&dataPublicacao=11/02/2011&query=súmula 331 adc 16)

38.2010.5.18.0000&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAKW9AAF&dataPublicacao=11/02/2011&query=súmula 331 adc 16>. Acesso em: 22 maio 2011.

²² MARTINS, Sergio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 151.

²³ DANTAS, Rodrigo Tourinho. A (ir)responsabilidade da administração pública pelos débitos trabalhistas e a lei de licitações. Interpretando o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1515, 15 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10317/a-ir-responsabilidade-da-administracao-publica-pelos-debitos-trabalhistas-e-a-lei-de-licitacoes>>. Acesso em: 22 maio 2011.

De fato, não pode a Administração Pública descumprir ou cumprir irregularmente suas obrigações e ficar imune, pois quando age, o faz em nome de toda coletividade, daí a necessidade de maior cautela no exercício das suas atividades.

5.6 OS BENEFÍCIOS DA CONTRATAÇÃO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A contratação de empresas para a prestação de determinada atividade é, sem dúvida, uma prática vantajosa para a Administração, pois aumenta a produtividade e eficiência na prestação dos serviços, e também dispensa a contratação de pessoal por meio de concurso público, além de diminuir os custos e encargos do ente público.

No entanto, esse tipo de contratação não pode ser entendida apenas como uma forma de a Administração livrar-se de custos e responsabilidades. A Administração não pode querer para si apenas os bônus e não assumir os ônus decorrentes dessa modalidade de contratação.

Nesse sentido, também o pensamento de Kian:

Conclui-se, diante do exposto, que não se deve entender a terceirização como fórmula mágica que livraria a Administração Pública de todos os problemas administrativos, com a vantagem (ilusória) da redução de custos e responsabilidades.²⁴

Por essa razão é que não se pode eximir a Administração das responsabilidades pelos encargos trabalhistas inadimplidos pelo contratado, uma vez que, ao se aceitar isso, estar-se-ia admitindo uma forma de a Administração contratar um serviço sem se responsabilizar pelos encargos daí advindos.

Portanto, esse tipo de contratação não pode ser utilizado pela Administração Pública como forma de proteção ao seu patrimônio em detrimento dos direitos dos trabalhadores.

²⁴ KIAN, Tatiana. **Terceirização na administração pública**. Disponível em: <http://www2.uel.br/revistas/direitopub/pdfs/vol_02/ANO1_VOL_2_15.pdf>. Acesso em: 26 maio 2011.

5.7 A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA OU A SATISFAÇÃO DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES?

Sabemos que o patrimônio da Administração Pública, por pertencer não a uma pessoa determinada, mas a toda coletividade, deve ser amplamente protegido.

No entanto, é de se indagar qual o alcance da proteção a esse patrimônio. Essa proteção deve sobrepor-se inclusive aos direitos sociais expressamente consignados na Constituição Federal?

Um trabalhador, para sustentar a si e a sua família, depende da remuneração que recebe pela força do seu trabalho, pela prestação dos seus serviços. Quando essa remuneração falha, a sobrevivência digna daquele trabalhador e de sua família fica prejudicada.

Os problemas sociais que podem decorrer da falta de salário para um trabalhador são vários. Os dependentes desses trabalhadores, por exemplo, que se encontrem em fase escolar, são prejudicados inclusive em seu aprendizado. A saúde também pode ficar comprometida, e até mesmo a alimentação digna.

Assim, ao passo que a Administração reconhece a necessidade de suprir essas necessidades mínimas, inclusive instituindo programas sociais como bolsa família, bolsa escola e outros, não pode, ela mesma, eximir-se de adimplir débitos trabalhistas daquele que prestou serviços que a beneficiaram. Não se tenta aqui excluir ou diminuir a responsabilidade do contratado e colocar sobre a Administração toda a responsabilidade. O que se tenta, sim, é proteger o trabalhador, que é o hipossuficiente dessa relação.

Com efeito, excluir da Administração Pública a responsabilidade pelos débitos trabalhistas da empresa contratada é conferir proteção ao patrimônio do ente público em detrimento dos direitos dos trabalhadores.

Com esse objetivo, a Súmula 331 do TST visa resguardar a remuneração dos empregados da empresa contratada, já que constitui verba de caráter alimentar, sendo créditos preferenciais e fundamentais, assim previstos constitucionalmente.

É por meio dessa verba, frise-se, que o trabalhador garante o seu sustento e de seus familiares, razão pela qual o seu inadimplemento, conforme mencionado, gera tantos problemas, sociais e econômicos, ferindo diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado pela Constituição Federal, em seu artigo 1º, III.²⁵

²⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 30 maio 2011.

Proteger a dignidade da pessoa humana é reconhecer os direitos humanos fundamentais, que garantem o mínimo necessário para a existência de cada indivíduo.

Importante destacar que os direitos dos trabalhadores foram consagrados pela Constituição Federal como direitos sociais e um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, sobre os quais foi concedido grande aparato estatal.

Pela proteção dos direitos dos trabalhadores, manifestou-se Macedo:

Inequívoco, desta forma, **que o trabalhador não poderia e não pode continuar sendo molestado, ainda mais pelo próprio Estado que ao invés de dar-lhe garantias e condições de sustento se esquivava da responsabilidade quando não há o pagamento das verbas trabalhistas** simplesmente por ter contratado empresa terceirizada para a prestação dos serviços. Serviços estes, aliás, que foram usufruídos pelo próprio ente público.

[...] busca pela verdadeira justiça, na qual trabalhadores têm seus direitos resguardados e não se fazem menores diante da irresponsabilidade de quem quer que seja, mas se fazem valer perante todos, **mostrando-se mais valiosa a vida e dignidade do ser humano como trabalhador do que os cofres públicos** que justamente deveria servir para oferecer qualidade de vida para os cidadãos em todos os aspectos fundamentais, como o trabalho.²⁶ (grifo nosso).

No mesmo sentido, Amorim entende que imunizar o Poder Público de responder pelos direitos dos trabalhadores constitui violenta lesão à liberdade fático-econômica do trabalhador, e que essa violência é desferida justamente por aquele que é o primeiro destinatário por guardar e proteger esses direitos, o Estado.²⁷

Diante disso, não há espaço para conceder maior proteção ao patrimônio da Administração Pública em detrimento dos direitos dos trabalhadores. É equivocado resguardar o patrimônio da Administração Pública como se fosse o único bem a merecer proteção, fechando-se os olhos para bens que são ainda maiores.

Não se pode, sem antes analisar cada caso, desobrigar a Administração Pública pelos débitos trabalhistas da empresa contratada, especialmente quando, conforme mencionado, o próprio Estado confere aos trabalhadores inúmeros direitos, principalmente com ampla proteção da sua remuneração.

²⁶ MACEDO, Reane Viana. A responsabilidade da administração pública pelos créditos trabalhistas na terceirização de serviços públicos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2668, 21 out. 2010. Disponível em: <<http://meujus.com.br/revista/texto/17664/a-responsabilidade-da-administracao-publica-pelos-creditos-trabalhistas-na-terceirizacao-de-servicos-publicos>>. Acesso em: 22 maio 2011.

²⁷ AMORIM, Helder Santos. **A terceirização no serviço público**: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional. São Paulo: LTr, 2009. p. 221.

5.8 IGUALDADE ENTRE EMPREGADO QUE PRESTA SERVIÇO POR MEIO DE EMPRESA CONTRATADA A UM ENTE PRIVADO E EMPREGADO QUE PRESTA SERVIÇO POR MEIO DE UMA EMPRESA CONTRATADA A UM ENTE PÚBLICO

Conforme expomos no capítulo anterior, a CLT, em seu artigo 455, prevê a responsabilidade do empreiteiro principal pelo inadimplemento das verbas trabalhistas por parte do subempreiteiro.²⁸

Nesse caso, conforme mencionado, a maior parte da doutrina e da jurisprudência entende que a responsabilidade é subjetiva, pois depende de verificação da existência de culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região:

RECURSO ORDINÁRIO – TERCEIRIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA E SUBJETIVA DO TOMADOR DOS SERVIÇOS – POSSIBILIDADE.

A jurisprudência trabalhista reconhece a responsabilidade subsidiária e subjetiva do tomador dos serviços, na terceirização lícita (Súmula nº 331 do C. TST). Referido entendimento sumular apenas robor a aplicação dos conceitos atinentes à responsabilidade civil, já existentes no Código Civil (culpa *in eligendo* – configurada na escolha de empresa inidônea a lhe prestar serviços – e culpa *in vigilando* – consistente na obrigação de fiscalizar a utilização dos valores pagos pela execução do contrato de prestação de serviços, evitando a malversação das verbas quitadas). Sua aplicação na Justiça do Trabalho possui autorização expressa, encerrada no artigo 8º da CLT. Recurso não provido no tema.²⁹ (grifo nosso).

Ocorre que, ao confrontarmos o que dispõe o artigo 455, da CLT, e o artigo 71, §1º, da Lei de Licitações, verificamos que os trabalhadores que prestam serviços a um ente privado por meio de uma empresa contratada possuem o direito de demandar a empresa contratante quando a primeira deixa de cumprir com suas obrigações, o que não se verifica com relação aos trabalhadores que prestam serviços a um ente público também por meio de uma empresa contratada.

Ou seja, embora a situação seja semelhante, não receberam o mesmo tratamento do legislador, em total afronta ao Princípio da Igualdade, abordado no primeiro capítulo, pois, como se verificou, todos são iguais perante a lei, conforme prescreve o artigo 5º, *caput*, da

²⁸ BRASIL. **Decreto Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**: aprova a consolidação das leis do trabalho.

Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del5452.htm>>. Acesso em: 26 maio 2011.

²⁹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **RO nº 0225100-90.2007.5.15.0096**. Julgamento publicado em: 20 de maio de 2011. Relator: Luiz José Dezena da Silva. Disponível em:

<http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pDecisao.wAcordao?pTipoConsulta=PROCESSO&n_idv=1125725>. Acesso em: 23 maio 2011.

Constituição Federal.³⁰ Esse princípio também é de observância obrigatória para a Administração Pública, que deve tratar a todos indistintamente.

Corrigindo esta discrepância, o TST editou a Súmula 331, a fim de colocar em situação de igualdade esses trabalhadores, concedendo-lhes os mesmos direitos, ou seja, o direito de demandar a empresa contratante.

A decisão é a mais acertada, pois qual a razão de tal distinção? A única razão é proteger o patrimônio da Administração Pública. Como já exposto, a proteção do patrimônio da Administração não deve ser sobreposta aos direitos trabalhistas.

Além disso, todos os trabalhadores, independente da pessoa para quem prestam serviços, dependem da sua remuneração para sobreviver.

No mais, da mesma forma que o contratante privado poderá propor ação regressiva contra o contratado, a Administração Pública também poderá fazê-lo, conforme passaremos a expor.

5.9 DA PARTICIPAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO TRÂMITE DO PROCESSO. DA POSSIBILIDADE DE REGRESSO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONTRA O CONTRATADO

Conforme se depreende da Súmula 331, IV, para que a Administração Pública possa ser responsabilizada pelos débitos trabalhistas da empresa contratada, a Administração deve ter participado da relação processual.

Dessa forma, estará garantida a possibilidade de defesa por parte da Administração, a fim de tentar excluir a sua responsabilidade subsidiária, uma vez que, conforme explicamos, a responsabilidade da Administração é subjetiva, de modo que pode ser afastada quando não estiver presente a culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.

Nesse sentido, leciona Martins, ao afirmar que há necessidade da inclusão da empresa tomadora no pólo passivo da ação, uma vez que quem não for parte no processo de conhecimento não o pode ser na execução, e ainda explica que, se a empresa for excluída do pólo passivo e houver trânsito em julgado, não poderá ser parte na execução, pois a coisa julgada se dá entre as partes que figuraram no feito.³¹

³⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Loc. cit.

³¹ MARTINS, 2010, p. 140.

Por outro lado, diante da aplicação da responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos débitos trabalhistas das empresas contratadas, poderá o ente público demandar, em ação regressiva, o contratado, a fim de ser ressarcido dos valores que desembolsou para o pagamento dos créditos dos trabalhadores.

A CLT, em seu artigo 455, parágrafo único, previu esse direito do contratante em relação ao contratado, e o mesmo direito pode ser estendido para a Administração.

Esse é o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho:

PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADOR DOS SERVIÇOS. ENTE PÚBLICO.

[...]

A discussão sobre eventuais ônus suportados pela fazenda pública deverá ser resolvida em ação de regresso contra a empresa contratada, não se podendo penalizar o trabalhador, hipossuficiente, pela inobservância por ambos os reclamados de regras de vigilância e legalidade.³²

Como se sabe, a Administração Pública possui todo o aparato estatal em seu favor, com procuradores próprios, prazos diferenciados, que lhe conferem facilidades para demandar em Juízo.

O empregado, por sua vez, é a parte hipossuficiente na relação de emprego. Obrigá-lo a conformar-se com a inadimplência do contratado, retirando-lhe a possibilidade de demandar, subsidiariamente, a Administração Pública, que foi a maior beneficiada pelo trabalho prestado por aquele empregado, seria fazer prevalecer a máxima popularmente conhecida como “a corda sempre arrebenta do lado mais fraco.”

Assim, o mais correto e justo é que a Administração Pública também possa ser responsabilizada pela inadimplência do contratado, e, se isso ocorrer, busque, em ação regressiva, o ressarcimento do seu prejuízo.

Na verdade, constitui um dever do Estado buscar o ressarcimento contra aquele que causou prejuízo ao erário.

³² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR 589300-82.2005.5.11.0009**. Julgamento em 23 de junho de 2010, Relator Ministro Caputo Bastos. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR - 589300-82.2005.5.11.0009&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAGTLAAD&dataPublicacao=06/08/2010&query=administração regresso súmula 331>>. Acesso em: 22 maio 2011.

5.10 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO NÃO SE CONFUNDE COM O INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO

Conforme abordamos quando tratamos dos princípios que norteiam a Administração Pública, esse princípio garante que o interesse público prevaleça sobre o interesse privado.

No entanto, o interesse público não se confunde com o interesse da Administração. O primeiro é o fim a ser perseguido pela Administração Pública, que deve atuar visando aos interesses da coletividade. O segundo, por sua vez, é interesse público secundário, dentre os quais se encontra o interesse patrimonial do Estado³³, como no caso em tela, quando se tenta desonerar a Administração pelos encargos trabalhistas inadimplidos pela parte contratada.

Neste caso, não há que se falar em supremacia do interesse público como forma de justificar a irresponsabilidade da Administração Pública, pois qual o interesse da coletividade em ver a Administração esquivando-se da responsabilidade de adimplir os créditos trabalhistas dos empregados que prestaram serviços dos quais ela se beneficiou, ainda que por meio de uma empresa?

Não há interesse coletivo algum.

Ainda que se alegue que estaria havendo um deslocamento de recursos públicos para o custeio de débitos de apenas alguns indivíduos (os trabalhadores), isso deve ser solucionado, conforme mencionado, por meio de ação regressiva, a fim de que a Administração seja ressarcida dos seus prejuízos.

Não se está afirmando que a Administração Pública não deva resguardar os seus interesses. Ao contrário, deve sempre buscar atingir esse objetivo, mas não em detrimento da pessoa humana ou da sociedade como um todo.

O Estado sempre busca resguardar e proteger os direitos dos trabalhadores e, justamente quando um ente público se beneficia da mão-de-obra de um trabalhador, esse mesmo Estado tenta se eximir das responsabilidades. É no mínimo incoerente.

Assim, a supremacia do interesse público, no presente caso, reside em resguardar os direitos dos trabalhadores, principalmente em razão da essencialidade das verbas

³³ ANDRADE, Fernanda Alves. Pode haver a retenção de parcelas do contrato administrativo quando a contratada possui débitos trabalhistas? **Jus Navigani**, Teresina, ano 15, n. 2521, 27 maio 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14921/pode-haver-a-retencao-de-parcelas-do-contrato-administrativo-quando-a-contratada-possui-debitos-trabalhistas>>. Acesso em: 27 maio 2011.

trabalhistas e o seu caráter alimentício, essenciais à sobrevivência não só do próprio empregado, mas também de seus dependentes.

Nesse sentido, leciona Amorim, ao tratar dos direitos fundamentais dos trabalhadores:

Não existe um interesse público presumidamente superior a direitos fundamentais, pelo simples fato de que, no Estado Democrático, **o interesse público reside na concretização destes direitos**, e por isso deve resultar de uma ampla ponderação de todos os princípios constitucionais atingidos pelo ato administrativo.³⁴ (grifo nosso).

A decisão judicial mais acertada para o caso, portanto, é aquela que, nos moldes da decisão do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, não afasta a aplicação da Súmula 331, do TST, mas a aplica de forma cautelosa, isto é, após investigar o caso concreto, aplicando a responsabilidade subsidiária da Administração Pública quando ficar demonstrado que esta agiu com culpa *in eligendo* ou *in vigilando* na contratação ou na execução do contrato.

³⁴ AMORIM, 2009, p. 221.

6 CONCLUSÃO

Conforme constatado, há um conflito de normas acerca da responsabilidade da Administração Pública pelos débitos trabalhistas das empresas contratadas mediante processo licitatório.

Em razão dessa divergência, elaborou-se esta pesquisa, a fim de analisar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública no caso mencionado.

Nesta pesquisa constatou-se que a Administração Pública é a responsável por executar os serviços próprios do Estado, sempre na busca do interesse público e em benefício de toda a sociedade.

Assim, a Administração Pública possui um fim primordial, que é o interesse público, o bem de toda a sociedade.

Para executar essa função, a Administração Pública se subdivide em Administração Direta, que é aquela que presta os serviços diretamente à coletividade, e Administração Indireta, quando os serviços são prestados indiretamente pela Administração Pública.

Além disso, a prestação desses serviços pode ser feita por pessoas privadas, físicas ou jurídicas, que são contratadas pela Administração Pública Direta ou Indireta.

A contratação dessas pessoas se dá por meio de licitação pública, que é um procedimento previsto na Lei 8.666/93, e que deve ser observado toda vez que a Administração Pública for contratar pessoas privadas para executar serviços públicos ou de utilidade pública.

A necessidade de licitação pública tem sua razão, uma vez que é por meio dela que a Administração Pública escolhe a proposta mais vantajosa para o seu interesse e garante igualdade de competição entre os licitantes. Além disso, a Lei 8.666/93 estabelece alguns requisitos que os licitantes devem preencher para poderem participar da licitação, a fim de constar a idoneidade dos futuros contratados.

Realizado todo o procedimento licitatório, a Administração Pública formaliza o contrato com o vencedor. A esse contrato chamamos de contrato administrativo, que possui algumas peculiaridades que o diferenciam do contrato privado.

Com relação aos contratos administrativos, a Lei de Licitações previu alguns direitos e obrigações para as partes.

Dentre essas obrigações, destacam-se a responsabilidade, por parte do contratado, com relação aos encargos trabalhistas, e o dever da Administração Pública de fiscalizar a execução do contrato.

Além disso, buscou-se, na presente pesquisa, verificar as responsabilidades do empregador no Direito do Trabalho, especialmente com relação ao pagamento das verbas trabalhistas. Nesta parte, destaca-se o estudo feito com relação à responsabilidade do pagamento das verbas trabalhistas no caso de serviços contratados.

A esse respeito, constatou-se que, de acordo com o artigo 455, da CLT, o subempreiteiro é responsável pelos encargos trabalhistas, cabendo aos empregados a possibilidade de reclamar do empreiteiro principal quando aquele não adimplir com essas obrigações.

A responsabilidade, nesse caso, é subsidiária, uma vez que o empreiteiro principal só poderá ser responsabilizado diante da inadimplência do subempreiteiro.

Além disso, trata-se de responsabilidade subjetiva, pois se faz necessária a demonstração de culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, por parte do empreiteiro principal.

A mesma lógica deve ser aplicada quando a Administração Pública contrata pessoas para a prestação de um serviço, ou seja, a Administração Pública deve ser responsabilizada subsidiária e subjetivamente, de modo a proteger a parte hipossuficiente da relação de emprego, o trabalhador, conforme determina a Súmula 331, IV e V, do Tribunal Superior do Trabalho.

Essa é a decisão mais correta, pois obedece ao princípio da igualdade, uma vez que trata de modo igual pessoas em situação semelhante, ou seja, admite a responsabilização do tomador de serviços tanto quando for relação entre particulares, em que uma empresa contratou outra para a prestação de um serviço, como quando se tratar de relação entre Administração Pública e particular, caso em que, tendo a Administração contratado empresa para a prestação de serviço, deve ser responsabilizada pelos créditos trabalhistas não adimplidos pela empresa que contratou, com base também na culpa *in eligendo* ou *in vigilando*.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Helder Santos. **A terceirização no serviço público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional.** São Paulo: LTr, 2009.

ANDRADE, Fernanda Alves. Pode haver a retenção de parcelas do contrato administrativo quando a contratada possui débitos trabalhistas? **Jus Navigani**, Teresina, ano 15, n. 2521, 27 maio 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14921/pode-haver-a-retencao-de-parcelas-do-contrato-administrativo-quando-a-contratada-possui-debitos-trabalhistas>>. Acesso em: 27 maio 2011.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

AZÊVEDO, Jackson Chaves de. **Curso de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2001.

BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>>. Acesso em: 1º nov. 2010.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 fev. 2010.

_____. **Decreto lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967:** dispõe sobre a organização da administração federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del0200.htm>>. Acesso em: 20 fev. 2011.

_____. **Decreto lei 5.452, de 1º de maio de 1943:** aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del5452.htm>>. Acesso em: 5 maio 2011.

_____. **Lei 10.520, de 17 de junho de 2002:** institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10520.htm>>. Acesso em: 21 mar. 2011.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2001:** institui o código civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 21 maio 2011.

_____. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**: regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em: 22 fev. 2011.

_____. **Lei 8.666, de 21 de junho de 1993**: regulamenta o art. 37, inciso XXI, da constituição federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 3 out. 2010.

_____. **Lei 5.889, de 8 de junho de 1973**: estatui normas reguladoras do trabalho rural. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5889.htm>. Acesso em: 10 maio 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de constitucionalidade nº 16**. Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADCN&s1=16&processo=16>>. Acesso em: 31 mar. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Notícias do STF, de 24 de novembro de 2010**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=166785>>. Acesso em: 21 maio 2011.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **RO nº 0225100-90.2007.5.15.0096**. Julgamento publicado em: 20 de maio de 2011. Relator: Luiz José Dezena da Silva. Disponível em: <http://consulta.trt15.jus.br/consulta/owa/pDecisao.wAcordao?pTipoConsulta=PROCESSO&n_idv=1125725>. Acesso em: 23 maio 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR 2101-38.2010.5.18.0000**. Julgamento em 02/02/2011, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR - 2101-38.2010.5.18.0000&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAKW9AAF&dataPublicacao=11/02/2011&query=súmula 331 adc 16>>. Acesso em: 22 maio 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Diário eletrônico da justiça do trabalho, de 27 de maio de 2011**: súmula 331. Disponível em: <<https://aplicacao.jt.jus.br/dejt/diariocon.pub>>. Acesso em: 30 maio 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Diário eletrônico da justiça do trabalho, de 27 de maio de 2011**: súmula 331. Disponível em: <<https://aplicacao.jt.jus.br/dejt/diariocon.pub>>. Acesso em: 30 maio 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **RR 589300-82.2005.5.11.0009**. Julgamento em 23 de junho de 2010, Relator Ministro Caputo Bastos. Disponível em: [http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR - 589300-82.2005.5.11.0009&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAGTLAAD&dataPublicacao=06/08/2010&query=administração regresso súmula 331](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR-589300-82.2005.5.11.0009&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAGTLAAD&dataPublicacao=06/08/2010&query=administração regresso súmula 331)>. Acesso em: 22 maio 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 256 – DJ 30.09.1986, e 01 e 02.10.1086**. Brasília: DF. Disponível em: http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_pdf_atual.pdf>. Acesso em: 20 maio 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho: **Diário eletrônico da justiça do trabalho, de 27 de maio de 2011**: súmula 331. Disponível em: <https://aplicacao.jt.jus.br/dejt/diariocon.pub>>. Acesso em: 30 maio 2011.

DANTAS, Rodrigo Tourinho. A (ir)responsabilidade da administração pública pelos débitos trabalhistas e a lei de licitações. Interpretando o § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1515, 15 ago. 2007. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/10317/a-ir-responsabilidade-da-administracao-publica-pelos-debitos-trabalhistas-e-a-lei-de-licitacoes>>. Acesso em: 22 maio 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KIAN, Tatiana. **Terceirização na administração pública**. Disponível em: http://www2.uel.br/revistas/direitopub/pdfs/vol_02/ANO1_VOL_2_15.pdf>. Acesso em: 26 maio 2011.

LORENZETTI, Ari Pedro. **A responsabilidade pelos créditos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2003.

MACEDO, Reane Viana. A responsabilidade da administração pública pelos créditos trabalhistas na terceirização de serviços públicos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2668, 21 out. 2010. Disponível em: <http://meujus.com.br/revista/texto/17664/a-responsabilidade-da-administracao-publica-pelos-creditos-trabalhistas-na-terceirizacao-de-servicos-publicos>>. Acesso em: 22 maio 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. A terceirização e o direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Direito do trabalho**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 33. ed. São Paulo: LTr, 2007.

_____. **Curso de direito do trabalho**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, Diogo Palau Flores dos. **Terceirização de serviços públicos pela administração pública**: estudo da responsabilidade subsidiária. São Paulo: Saraiva, 2010.